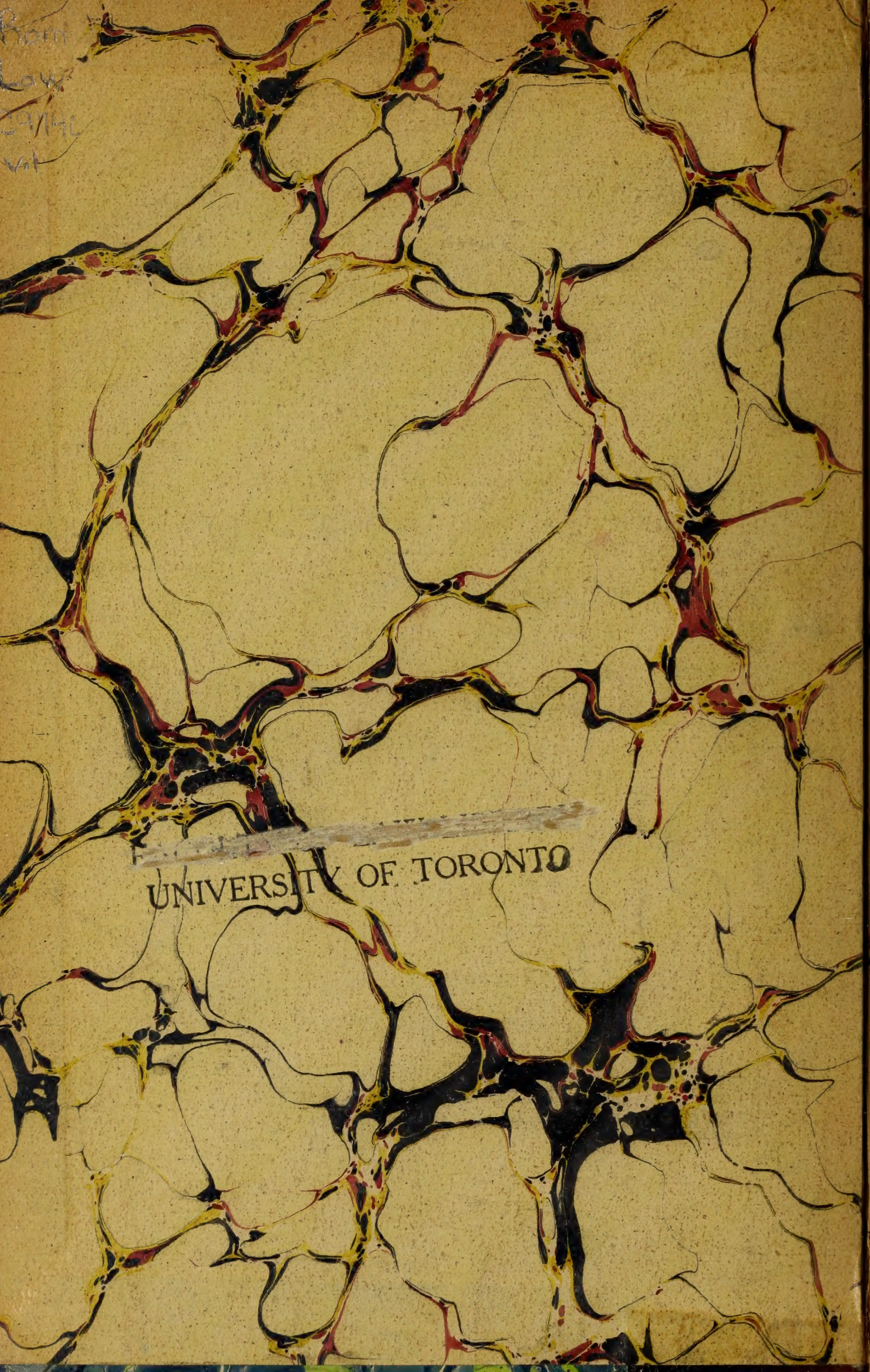
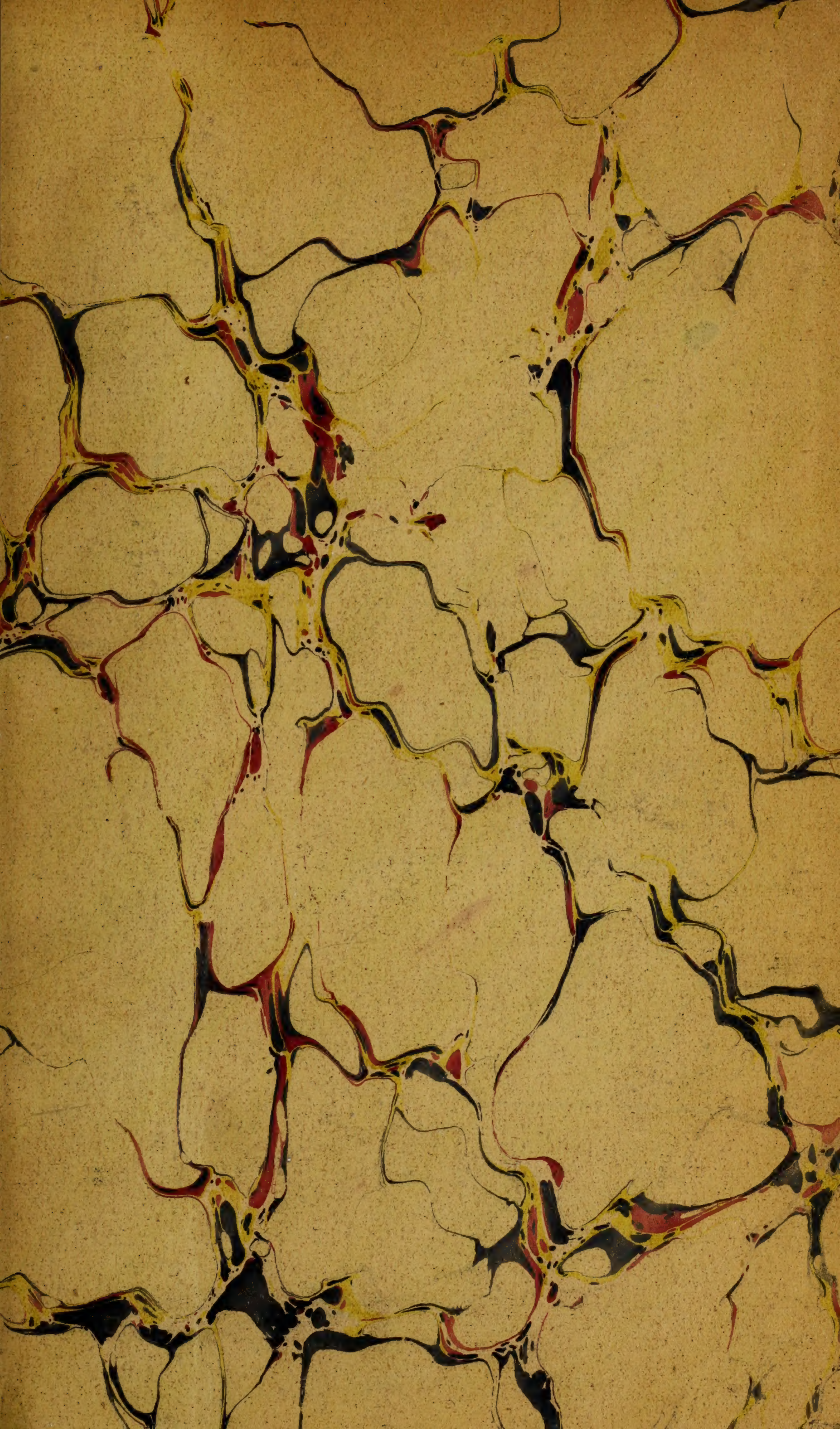



Rom
Law
C9714c
v.1
UNIVERSITY OF TORONTO



LES

INSTITUTIONS JURIDIQUES

DES ROMAINS

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.

LES

INSTITUTIONS JURIDIQUES DES ROMAINS

ENVISAGÉES DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'ÉTAT SOCIAL
ET AVEC LES PROGRÈS DE LA JURISPRUDENCE

PAR

ÉDOUARD CUQ

ANCIEN MEMBRE DE L'ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME
PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

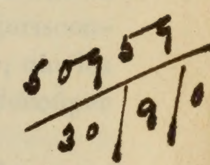
PRÉFACE PAR J. E. LABBÉ

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

[t. I]

L'ANCIEN DROIT



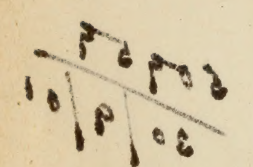


PARIS

LIBRAIRIE PLON
E. PLON, NOURRIT ET Cie
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
10, rue Garancière

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ ET Cie
LIBRAIRES
Rue Soufflot, 20

1891



PRÉFACE

L'enseignement du droit romain a subi un changement de direction. — Autrefois, la législation romaine était considérée comme un ensemble de principes arrêtés, répondant à une civilisation définie, donnant satisfaction complète à des besoins de justice à peu près immuables. Cela est surtout vrai de la partie du droit romain réglant les obligations. Ces principes avaient la valeur de dogmes, dont on pouvait seulement se proposer de tirer des conséquences nouvelles. Quelques modifications, apportées par le législateur moderne, étaient regardées comme ayant complété l'édifice dans le détail, sans toucher aux bases qui étaient essentielles. L'illusion était entretenue à cet égard par ce double fait : le droit romain des obligations contractuelles avait été adopté, tel quel, par les peuples modernes les moins assouplis aux habitudes de l'administration romaine. Pothier avait puisé dans les écrits des jurisconsultes romains les éléments d'un traité des obligations, que les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient eu qu'à découper en dispositions législatives.

L'étude du droit romain, en devenant plus profonde, a peu à peu transformé ses conclusions. Non seulement il est avéré que les règles du droit ont changé avec le temps, mais encore la nature du droit a été différemment conçue aux diverses époques. Les notions de l'homme sur le droit, et par conséquent ses règles de conduite, ont subi lentement une transformation successive.

Le sentiment de la justice, d'abord confondu avec la vengeance à tirer des injustices subies, a été sans cesse en s'épurant; il a passé de l'impulsion de la souffrance éprouvée par la victime, à la recherche, à la mesure de la faute commise par le délinquant. A l'idée brutale que la mort donnée appelle la mort, fût-ce d'une façon fictive, a succédé l'opinion qui innocente l'homicide par cas fortuit, même l'homicide en état de légitime défense, opinion dont Cicéron, organe du changement des mœurs, nous a transmis une si éloquente démonstration.

La civilisation a ainsi fait de grands progrès; jamais, néanmoins, jusqu'à présent, l'homme n'a atteint le terme; un perfectionnement a toujours été possible. La recherche des améliorations a sans cesse inquiété les penseurs et la foule des malheureux. La soif du mieux a été plus ou moins ardente; presque toujours, elle a dépassé les besoins réels. Souvent l'homme devrait demander à lui-même ce qu'il espère d'un changement de législation. Nous sommes loin de reconnaître, de trouver vérifiée cette idée que l'utopie d'un jour a été la vérité du lendemain. Beaucoup de revendications ont été mal fondées. Toutefois, le désir d'un changement, d'une amélioration légale, a été si permanent, si universel dans l'humanité, quelquefois si heureusement satisfait dans une certaine mesure, qu'on peut y voir un indice, une preuve qu'à aucune époque la formule actuelle du droit n'est définitive, qu'elle est à reviser. Le mot qui exprime le mieux cet état muable de la science, est le mot *évolution* (1).

Non que dans cette mobilité constante, dans cette succession de formes et de règles, toute fixité nous échappe, et que le droit soit condamné à un perpétuel et flottant *devenir*. Telle n'est pas notre pensée. Le droit a un but qui nous paraît certain, un idéal qui, de degré en degré, se réalise. Cet idéal, but constant de nos efforts, nous attire et nous dirige. Le but du droit est de consacrer, d'une façon de plus en plus parfaite, les droits inhérents à la nature de l'homme, la liberté des actes

(1) Voyez la critique pénétrante de l'idée d'évolution dans le livre de M. Liard : *La Science positive et la métaphysique*, 1879, page 162.

licites compatibles avec l'ordre social, l'égalité juridique des conditions et des aptitudes.

Les hommes ont commencé par vivre d'une vie juridique collective. Le droit a reconnu l'existence, la capacité à des *groupes* solidarisés, non aux *individus* qui les composaient. Le même état se rencontre au début de toutes les sociétés; un mouvement général a tendu à transporter la capacité du groupe à l'individu. Ce qui distingue la société romaine, c'est que la jurisprudence a travaillé de bonne heure, et avec une énergie soutenue, à l'émancipation de l'individu.

La langue en a gardé la trace. Le mot *egens* désignait originairement celui qui était étranger à toute *gens*. L'isolement, au milieu des *gentes* fortement constituées, entraînait inévitablement la faiblesse, la misère. Le mot *egens* a changé de sens après la décadence des *gentes;* il a pris avec le temps une acception indépendante de la participation aux droits d'une *gens;* les mots *egens, egestas,* sont devenus l'expression généralisée de la misère, quelle qu'en fût la cause.

La gentilité, première forme de la société, s'est dissoute progressivement. Elle est devenue presque un pur souvenir, une occasion de plaisanterie pour Tullius Cicéron, qui, à cause de l'identité du nom, prétendait se rattacher au roi Servius Tullius, son gentil.

La reconnaissance du droit au profit de l'individu n'a pas conduit à l'individualisme absolu, à l'isolement juridique, parce que ce nouvel état social s'est complété par l'association volontaire entre les individus. La volonté est venue, grâce aux contrats accidentels, combler par des liens nouveaux les vides laissés par la disparition de la gentilité, remplacer les liens de famille qui se distendaient.

La famille offrait au père dans ses fils en puissance, dans ses esclaves, des instruments d'acquisition nécessaires. Le patrimoine de la famille s'accroissait par l'effet d'un principe fatal savamment organisé. Plus tard, parmi les individus dont il était entouré, l'homme a choisi ses agents, ses ministres, ses mandataires, recevant de lui des instructions précises, des

pouvoirs limités. L'homme a gouverné librement les acquisitions dont il suggérait la pensée ou dont il voulait avoir le profit.

Le droit marche aussi, avons-nous dit, vers l'égalité. L'égalité juridique n'est pas le niveau brutal. Elle corrige les inégalités primitives. Elle pallie les inégalités naturelles ; elle ne les efface pas, ce qui supprimerait le jeu légitime de la liberté.

Ce but que nous indiquons, cette marche du droit vers l'égalité et la liberté n'est pas une conception décevante, une chimère. Déjà, dans le passé, assez de pas en avant ont été faits en cette voie, pour que nous ne désespérions pas d'en faire encore. Assez de réalités ont été obtenues pour nous encourager à la persévérance.

Le changement du droit que tout révèle n'est pas une marche au hasard ; il est un progrès assez évidemment continu. L'homme a des conceptions d'abord confuses qui, peu à peu, s'éclaircissent ; mais, dans la confusion première, nous apercevons déjà quelques traits de la vérité future. La peine du talion elle-même, qui nous paraît si barbare, non seulement renferme l'ébauche de la responsabilité, mais encore exprime vaguement le rapport de proportion qui doit exister entre l'injustice commise et la peine, satisfaction due à l'offensé. Ainsi, une lumière confuse fait place à une perception plus exacte, mais non absolument différente. L'idée d'un but poursuivi avec constance se vérifie.

Ce travail, cette poursuite est l'œuvre commune, et en même temps l'œuvre propre de l'humanité. Avons-nous besoin d'exprimer que l'évolution dont nous parlons se concentre, suivant nous, dans l'humanité? Pour nous, l'homme, qui, seul des animaux, réfléchit, combine et dirige sa vie, sa conduite vers des fins voulues, est seul capable de s'élever à la conception du droit, d'une règle à observer, à la conscience d'une injustice à éviter. Le bon sens des Romains l'a proclamé : *Nec enim potest animal injuria fecisse quod sensu caret* (1). Sans doute, l'homme n'est pas un être présentant, aux différentes phases de la civilisation, des facultés morales constantes, une liberté parfaite-

(1) Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 3.

ment développée. En outre, des circonstances accidentelles, la maladie, la perversité, peuvent établir entre les hommes des différences énormes, produire des arrêts de développement ou l'atrophie de facultés normales. L'homme peut accidentellement se dégrader jusqu'à s'abrutir. Il s'éloigne alors de sa nature propre ; il se rapproche de celle des animaux ; mais l'homme a en soi (sa conscience le lui atteste) une moralité native, le germe de facultés morales qui, plus elles se développent, plus elles le distinguent des êtres inférieurs. L'homme est par nature et devient de plus en plus, par son développement, capable des conceptions du droit, capable de la liberté volontaire que le droit réglemente, capable de la justice qui, en séparant les actes humains, tous libres, en justes et injustes, constitue sa dignité, sa noblesse.

Chose remarquable : aujourd'hui, c'est la volonté qui, parmi les facultés de l'homme, est le plus contestée, combattue. A Rome, à l'origine, s'il est une faculté dont l'homme ait eu conscience et qu'il ait exercée même avec exagération, c'est la volonté. Le Romain a imprimé à des institutions juridiques qui n'auraient dû être, qui ne sont devenues ensuite que le reflet de faits naturels simplement régularisés, un caractère de création presque arbitraire. La composition de la famille civile repose sur la distinction contraire à la nature, destinée par suite à disparaître, entre l'agnation et la cognation, entre les parents par les mâles et les parents par les femmes. Où l'arbitraire domine plus encore, c'est dans ce principe : le père de famille est maître de l'admission d'un enfant sous sa puissance, dans sa famille : *Ne cui invito heres suus adgnascatur*. Le Romain se croit donc le maître d'organiser à son gré la famille qui l'entoure, la société dont il est le chef, suivant les règles qui lui paraissent justes. Le mot *placuit* est le mot le plus usité pour marquer le triomphe d'une décision. Les peuples forts sont ceux qui, comme les Romains, sans méconnaître les nécessités de la justice, ont une foi inébranlable dans la puissance de la volonté. Deux traits caractérisent la politique romaine : ne jamais s'avouer vaincu ; colorer, au nom de la justice, toutes les agressions.

Dans cette œuvre commune de l'humanité, l'établissement du droit, de l'égalité au point de vue juridique, il y a des peuples qui ont réalisé des progrès plus rapides. Ils ont profité de circonstances plus favorables résultant du mélange des races, de la comparaison des mœurs. Certains d'entre eux semblent avoir eu une vocation spéciale : ou le sens du beau, ou l'art du gouvernement. La fusion entre les résultats obtenus, l'exemple du beau, la paix et l'ordre réalisés ont hâté et propagé les progrès de la civilisation. Il y a, en sens opposé, des peuples retardataires qui semblent destinés à nous rappeler le chemin parcouru et à ranimer notre ardeur et nos espérances par l'exemple subsistant de la barbarie dont nous avons réussi à sortir.

En ce qui concerne les conquêtes faites sur la barbarie, les découvertes du droit, aucun peuple n'a été mieux doué que le peuple de Rome. Aucune époque n'a été plus propice que les derniers siècles de la République romaine et les premiers siècles de l'Empire. La Grèce avait assoupli la raison romaine; Rome avait discipliné les caprices de la démocratie athénienne; d'autres races avaient apporté le tribut de leurs qualités diverses : les Gaulois, leur vivacité d'esprit; les Ibères, leur fierté. De ce rapprochement, de ce mélange, opéré presque toujours par la guerre, ce qui est sorti, et à brève échéance, c'est l'égalité, l'extension de la cité romaine, la communauté du droit. Les Italiens ont, au septième siècle de Rome, pénétré, envahi cette orgueilleuse cité, qui est devenue un État susceptible d'un élargissement indéfini. Au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, tous les habitants du monde alors civilisé ont été assimilés, égalés aux citoyens romains.

Le souvenir des luttes, des résistances, la recherche des petits motifs diminuent l'attention que l'on accorde, l'importance que l'on attribue à la grandeur du résultat. Il ne convient pas de médire de cet orgueil patricien qui a tracé d'abord un si beau type de droit politique, et qui n'a pas ensuite refusé obstinément de l'étendre, de le communiquer. Le sentiment aristocratique, dont le caractère romain était si fortement

empreint, a préparé, rendu possible ce mouvement progressivement égalitaire. L'aristocratie épure, ennoblit, trempe, fortifie les vertus civiques, avant de les présenter en exemple et de les répandre dans la masse de la nation agrandie. La tendance à l'égalité est remarquable, moins quand elle s'exerce au profit de peuples divers de race, mais doués d'une égale ingénuité, que lorsqu'elle rapproche et confond ceux que séparaient des qualités natives, le souvenir de l'esclavage : les ingénus et les affranchis.

Parallèlement à ce changement politique qui égalise les conditions des personnes, s'est préparé, développé, perfectionné le droit privé, la satisfaction des intérêts privés, le véritable but, le véritable triomphe du droit. Dans ce milieu, moins éclatant que celui du droit public, plus modeste, mais où s'agitent des questions non moins utiles, l'évolution exerce aussi son influence.

Le formalisme, au début, précise, entoure, protège l'expression de la volonté individuelle. Il cristallise en quelque sorte ce qui, abandonné trop tôt aux inspirations d'une vague équité (comme en Grèce), ne prendrait pas de consistance et de vives arêtes dans les esprits. — Le formalisme a ses exigences. La forme accomplie, la parole prononcée par un homme sain d'esprit a sa valeur en elle-même, abstraction faite des circonstances. Elle constitue le droit : *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* Les actes inverses, la naissance, l'extinction des obligations, sont soumis à des formalités inverses. La forme est modelée sur le fond des actes.

Une transformation notable s'est ensuite produite au sujet de la *Fides,* dont le culte a toujours été en honneur, mais dont le sens a varié. La *Fides* a d'abord été l'exactitude, la ponctualité dans l'exécution des promesses. La société y est intéressée. Le débiteur, à ce prix, inspire confiance, obtient crédit. Les rigueurs contre les débiteurs, si dures soient-elles, en sont la sauvegarde, la sanction. Aulu-Gelle (1) nous en a conservé

(1) Sextus Cæcilius, ap. Gell., XX, 1.

l'énergique expression dans un écrit d'un vieux jurisconsulte. Puis, la signification de *Fides* a été modifiée par l'épithète de *bona*. La *bona fides* est la fidélité à la chose convenue; mais la chose convenue peut différer de la chose exprimée. L'intention se recherche sous les mots prononcés. Le formalisme est atteint dans son essence. Les contrats non formels sont reconnus, érigés en sources d'actions. Le consentement par lui-même, indépendamment de sa forme, acquiert, en certaines hypothèses répondant à des intérêts majeurs, une force obligatoire. Cependant le formalisme a créé des habitudes utiles qui survivent. Il continue à entourer le terrain des affaires qu'on lui a soustrait peu à peu ; il y maintient des positions retranchées, et y rappelle l'utilité de la précision dans les accords de volonté.

Le formalisme, d'abord intransigeant, est devenu odieux sous les actions de la loi; mais, assoupli aux nécessités d'une pratique plus étendue, il a conservé, avec le système de procédure par formules, une harmonie très précieuse. Là encore, les transitions sont habilement ménagées. Aux actions ayant une *intentio certa* s'applique la maxime de Gaius : le demandeur, devenu créancier par son interrogation acceptée, reproduit devant le juge, s'il est réduit à plaider, les termes précis dans lesquels a été conçue, est née sa créance (1). Le procès est simple, la tâche du juge est facile, l'impartialité est inévitable. Mais la médaille a un revers; l'erreur des parties est inexcusable et entraîne une irréparable déchéance; la procédure est périlleuse sans injustice. La gageure, dérivée de l'*actio sacramenti,* par laquelle assez souvent les parties fortifient leurs prétentions, prévient le spectacle, trop fréquent de nos jours, où celui qui gagne son procès n'est pas complètement indemne du tort qu'un procès mal fondé lui a causé. — Avec les *intentiones incertæ, quidquid paret,* etc., disparaissent ces garanties, ces inconvénients, ces périls. Les affaires sont devenues plus compliquées. Leur complexité appelle une plus grande

(1) Gaius, IV, 53, *in fine* : ... Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet.

largeur, une élasticité plus souple dans les pouvoirs du juge. L'arbitre originairement agréé des parties, l'homme de bien qui déclarait le droit ou l'équité, sera bientôt remplacé, pour la cause entière, par un fonctionnaire, un homme de science, un délégué de l'Empereur, qui *vice principis cognoscit et judicat.*

Le système se transforme et s'adoucit; mais reconnaissons les services rendus par la rigueur première. La procédure par formules a présenté une merveilleuse analyse des éléments du procès. Elle a fait l'éducation des plaideurs et des juges; elle les a dressés pour ainsi dire à la netteté, au raisonnement. Quand le système extraordinaire a prévalu, les esprits, émancipés en principe, mais retenus d'eux-mêmes sous le joug de l'ancienne discipline, ont longtemps cherché, dans l'emploi d'expressions démonétisées, d'utiles repères pour la distinction des idées et la conduite de l'esprit. — Ainsi les progrès successifs s'entraînent, se préparent, se motivent et laissent de leur passage des vestiges qui forment de l'histoire la trame et le tissu. Le changement est incessant, mais sans solution de continuité.

La méthode d'étude que nous avons décrite se résume en cette règle : suivre et développer les progrès dans l'enchaînement de leurs raisons d'être. Cette méthode est singulièrement intéressante et facile à observer dans une législation qui est, comme celle de Rome, une législation coutumière. La pratique peu à peu révèle les besoins non encore satisfaits et prépare les améliorations. Rien de ce qui fait son apparition dans le droit n'est absolument nouveau et sans racine dans le passé. Rien de ce qui, dans un temps, se fixe et s'établit, n'est destiné à rester immuable. Une loi elle-même provoque un changement et ne l'arrête pas. Elle pose un principe; par cela même, elle est un commencement, un point de départ de jurisprudence dans une direction donnée. Aussi, des lois les plus importantes, le texte ne nous a pas été conservé et transmis dans sa lettre. La loi est entrée dans le droit vivant et progressif. Le texte primitif, ne disons pas seulement a disparu

sous le pur commentaire de l'interprète, mais plutôt s'est fondu dans une jurisprudence qui l'explique et l'étend aux cas analogues à celui qui avait été prévu. La loi est d'autant plus féconde qu'elle est oubliée dans sa teneur première.

Le tableau que nous avons tracé de l'évolution historique ne laisse peut-être pas assez apercevoir la part de l'homme dans le développement du droit. L'homme est doué de réflexion; mais l'homme est faillible. La réflexion expliquerait le progrès continu, mais l'absence d'erreur et de rétractation pourrait faire croire à une sorte de fatalité, à une sorte d'instinct progressif dirigeant l'homme d'une façon inconsciente, quoique ces mots *instinct* et *progrès* fassent contraste et jurent de se trouver rapprochés. — Eh bien! non; par ce côté également, la part de l'homme libre apparaît. L'évolution, réalisant le progrès dans l'ensemble, n'exclut pas la liberté; car elle n'exclut pas cette pierre de touche de la liberté : la faillibilité humaine.

Dans l'histoire de la législation romaine, malgré l'admiration qu'elle excite, des déviations de la saine logique se montrent. Peut-on considérer autrement que comme une erreur législative, cette loi Furia qui a réglementé la sûreté personnelle de façon à l'annihiler à l'égard du créancier, ou tout au moins à la rendre incertaine et précaire, de telle sorte que le créancier affaiblit sa sûreté en augmentant le nombre de ses garants? Réglementer une institution contre son but, n'est-ce pas fausser la logique? La faveur pour une classe de citoyens, la passion politique l'expliquent, mais ne le justifient pas. — Chez un peuple qui se propose de concilier le juste et l'utile, la prohibition du prêt à intérêt n'a-t-elle pas été un égarement, promptement reconnu? Pour un débiteur réduit à la plus extrême misère, une somme prêtée à intérêts vaut moins qu'une libéralité, mais vaut mieux que rien gratuitement. — Enfin, les lois caducaires n'ont-elles pas été un effort prolongé et impuissant vers un but honnête, mais impossible à atteindre, effort qui reposait sur la confusion persistante de deux domaines aujourd'hui distincts, celui du

droit et celui des mœurs, celui des actes auxquels l'homme peut être contraint par des peines et celui des actes auxquels l'homme ne peut être déterminé que par une impulsion morale? C'est dans la constatation des erreurs que la réflexion aurait pu prévenir que gît le principal intérêt des études historiques. La doctrine de l'évolution, telle que nous l'entendons, ne détruit pas cet intérêt.

Nous croyons avoir fidèlement décrit les pensées, les intentions, la méthode, le but de l'auteur du livre que nous avons consenti à faire précéder d'une courte préface, uniquement pour mieux marquer une sympathie intellectuelle, une harmonie d'idées. Rien ne se fait par saut dans la nature, disaient les anciens. Il en est de même dans les œuvres auxquelles la volonté humaine est associée, telles que l'établissement du droit. L'auteur n'a pas eu la prétention de révéler une méthode nouvelle. Il s'est efforcé de marcher plus résolument, d'avancer plus loin dans une voie peu frayée.

Envisagés de ce point de vue, tous les faits trouvent leur place, ont leur valeur, leur signification. Les *mores*, selon le sens donné à ce mot par les Romains et qui répond à ce qu'on a appelé la conscience juridique du peuple, ont plus de puissance que les lois; les mœurs sont la législation en travail d'enfantement. L'enseignement, cessant d'avoir pour objet des dogmes définis, perd en partie son caractère dogmatique et reçoit une couleur historique. Ce qu'on appelait les « principes du droit » ne sont plus des dogmes arrêtés : ce sont des phases; ils concourent à tracer une tendance, une marche vers un but, vers un idéal dont la réalisation future est notre espérance, notre foi.

Nous devons toutefois prévenir quelques objections ou quelques exagérations. Le droit avait des principes; il en déduisait les conséquences et maintenait l'harmonie entre elles. C'était son domaine propre; il n'en a plus. Il s'absorbe dans la série des changements, dans l'enchaînement des faits successifs qui déterminent l'état de l'humanité. Il s'absorbe dans l'histoire

générale. — Non. Le droit a un but spécial. Les changements qui le composent répondent à un besoin non immuable, mais essentiel, celui de la justice dans la société des hommes. Les essais tentés autrefois, les dispositions prises actuellement, les réformes projetées dans ce but, méritent de former une science, exigent chez ceux qui la cultivent des qualités que l'étude aiguise ou développe. Le droit, surtout le droit privé, s'appliquant à des actes extrêmement variables, nuancés entre eux par des distinctions délicates, requiert une finesse d'analyse, disons le mot, une subtilité qui est le propre d'une certaine nature ou d'une certaine culture d'esprit. — Un historien doué d'une intelligence élevée, profonde, capable de dépeindre les caractères des événements politiques où l'intérêt et l'ambition dominent, risque de s'égarer dans la matière compliquée des obligations et des contrats. La simplicité apparente des textes à consulter est un leurre, un mirage qui trompe. — L'importance des questions à résoudre dans le domaine du droit, la gravité des résultats qui maintiennent l'ordre dans les familles et le crédit dans la société, rehaussent une science qui ne doit pas reculer devant les difficultés ténues et les détails.

Si le droit suit une évolution, si le droit poursuit un perfectionnement continuel de ses formules, la logique ne devient-elle pas un instrument inutile de la pensée? La logique suppose un terrain stable, des principes établis. Toute stabilité n'a-t-elle pas disparu? Comment construire des théories sur un sol qui est un sable mouvant? — Il ne faut rien pousser à l'excès. Le droit se meut vers un idéal ; il progresse, mais ce sont les siècles qui marquent ses progrès. Les principes posés ne sont pas assurés de la perpétuité, mais ils ont une durée d'existence. Pendant cette durée, ils doivent être respectés, respectés, c'est-à-dire logiquement interprétés. La logique exclut l'arbitraire et ne s'oppose pas à la réforme réfléchie.

L'habitude des prudents sous ce rapport est digne d'être mise en lumière. Les prudents, qui avaient mission de proposer des changements de jurisprudence, commençaient d'abord par raisonner sur les principes établis au moyen de la logique

pure. C'est seulement lorsque la conséquence à laquelle ils arrivaient était manifestement contraire à l'équité, qu'ils proposaient une déviation de la logique, une décision qu'ils recommandaient par l'équité ou l'utilité. Ainsi s'expliquent les éloges contradictoires qui leur ont été adressés. « Les Romains ont construit leur jurisprudence avec la rigueur des principes mathématiques », a dit Leibnitz. « Les Romains ont toujours écouté la raison, l'équité », a dit Bossuet. Chaque éloge exprime un côté de leur mérite. L'harmonie entre les conséquences sera toujours le trait caractéristique des bonnes jurisprudences. Sous la sauvegarde de la logique, les intérêts privés sont en sécurité.

On a souvent regretté que, dans les facultés de droit, la philosophie ne fût pas enseignée. — La philosophie est l'étude de ce qui est général et permanent dans l'homme et dans le monde, l'étude de l'absolu. Dans la doctrine de l'évolution, tout est relatif et muable ; la philosophie n'a plus d'objet. Telle est l'objection. — Nous ne croyons pas à cette incompatibilité. Selon nous, le développement du droit a un but que la raison nous découvre : le règne de plus en plus parfait de la liberté et de l'égalité. Indépendamment de l'analyse des facultés qui font de l'homme un être moral, qui le rendent capable du sentiment et de la notion de la justice, le philosophe peut en outre coopérer, d'une façon plus abstraite que le jurisconsulte, à pressentir, à tracer l'idéal vers lequel nous tendons, mais il ne saurait prétendre définir un idéal absolument certain. Il doit renoncer, dans ses affirmations et ses conclusions, à émettre des idées absolues et définitives. L'homme a des vues générales qui sont comme des phares sur sa route, mais il ne découvre avec précision la vérité que lentement, peu à peu et par degrés. Le jurisconsulte a un moyen assez sûr de saisir par avance quelques traits de l'idéal à réaliser, de l'amélioration future du droit, c'est la recherche attentive du progrès déjà accompli et, par suite, de la direction à suivre. Aussi a-t-il été dit avec raison que, pour le jurisconsulte, la plus sûre philosophie se trouve dans l'étude de l'histoire, dans

la généralisation aussi large que possible des effets de l'évolution.

La croyance à l'évolution incessamment progressive enlève à l'homme le charme de l'absolu, le plaisir du repos de l'esprit dans la possession de la vérité; mais elle a cet avantage de préparer au changement, de prévenir le désespoir que cause une révolution à ceux qui ont cru être arrivés à un état définitif. Pourquoi la génération présente aurait-elle la tranquillité qui a fait défaut aux générations antérieures? L'humanité a déjà cru plus d'une fois avoir fixé irrévocablement sa demeure et sa condition, avoir trouvé une forme définitive du juste. C'était une illusion. Il a fallu subir les convulsions d'un changement auquel on ne s'attendait pas.

Dans l'ordre du droit privé, sur le terrain qui paraissait si ferme de la législation romaine en matière d'obligations, nous voyons encore aujourd'hui éclore des conceptions nouvelles. Dans la formation du contrat, la volonté du créancier a paru d'abord, notamment dans la stipulation, être l'élément primordial. Le stipulant détermine ce qu'il veut avoir le droit d'exiger : l'adhésion du débiteur complète et perfectionne l'obligation. — Puis, dans les contrats consensuels, les deux parties sont sur un pied d'égalité; l'accord des volontés, quel que soit l'ordre dans lequel elles se sont manifestées, noue le lien juridique. — Dans un projet de loi déjà célèbre, l'évolution continue. La volonté du débiteur tend à devenir l'élément prépondérant dans la naissance de l'obligation. Il suffit qu'un créancier survienne pour en recueillir le bénéfice. — Trois formes successives ont satisfait un même besoin de justice. Partout l'évolution apparaît comme le procédé et l'agent du progrès.

Le livre que cette préface précède est un livre de droit privé. Le droit privé est celui dans lequel nous voyons le plus parfaitement se développer la notion de la justice. Le droit public crée un ensemble d'institutions à l'abri desquelles le droit privé s'applique, fait régner l'ordre entre les particuliers, assure s'il est possible la prospérité de leurs entreprises. Dans les questions de droit privé, deux particuliers sont en

lutte; il est plus facile d'apercevoir le juste et de maintenir la balance égale.

Nous ne nous occupons que du droit, nous avons montré, sur ce terrain, l'humanité se dirigeant vers l'égalité, l'observation du juste. Une des meilleures formules du principe du juste nous paraît être : Nous ne devons pas faire à autrui ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fît. Nous nous abstenons d'empiéter sur le domaine de la morale et du bien, dont le meilleur, le plus fécond et le plus consolant précepte est, à notre avis : Hommes, aimez-vous les uns les autres. Nous en faisons la remarque, afin que l'emploi du mot *évolution* ne nous fasse pas attribuer des doctrines qui ne sont pas les nôtres. Nous ne sortons pas d'ailleurs tout à fait de notre sujet. Le droit romain, en posant le principe des fondations charitables, dont Trajan a fourni le premier et ingénieux exemple, a montré le lien, la transition entre la charité qui inspire et le droit qui consolide et perpétue : si le fondateur est absolument libre, la fondation une fois créée entre dans la sphère du droit.

Nous avons essayé de résumer l'esprit dans lequel le droit romain doit être étudié, l'esprit dans lequel ce livre a été conçu ; nous avons surtout voulu adhérer à une méthode que nous approuvons. Nous laissons maintenant l'auteur en communication directe avec ses lecteurs. Nous espérons que ceux-ci, voyant naître chaque règle de droit du sein des mœurs qui l'ont préparée, des causes qui l'ont déterminée, des besoins auxquels elle donne satisfaction, en auront une intelligence facile et complète.

J. E. Labbé.

LES

INSTITUTIONS JURIDIQUES

DES ROMAINS

INTRODUCTION

Les Institutions juridiques des Romains se rapportent au droit public ou au droit privé. Le droit public comprend l'ensemble des institutions qui ont trait aux intérêts de la cité (*res publica*) : les magistratures, le sénat, les comices. Ulpien y joint le culte et les sacerdoces (1). Le droit privé comprend les institutions qui concernent les intérêts des particuliers (*res privata*) : telle est, par exemple, la propriété quiritaire. On y fait rentrer également les institutions relatives à la famille, telles que le mariage ou la puissance paternelle.

Les institutions du droit public sont plus généralement désignées sous le nom d'*institutions politiques*. On réserve le nom d'*institutions juridiques* aux institutions relatives au droit privé : ce sont celles qui feront l'objet principal de notre étude. Nous aurons cependant à exposer sommairement les traits essentiels des institutions politiques : la distinction du droit public et du droit privé n'était pas, dans la Rome antique, aussi nette qu'elle l'est devenue en droit classique. Les rapports entre citoyens étaient régis, partie par les coutumes des ancêtres, partie par le droit promulgué. Les pouvoirs, reconnus par les coutumes antérieures à la fondation de la cité, et par suite à la naissance du droit public, sont restés indépendants de ce droit. Au contraire, l'exercice des droits garantis par l'État a été subordonné, en principe, à la jouissance des droits politiques (2).

(1) Ulp., 1 Inst., D., I, 1, 1, 2.
(2) Voy. *infra*, p. 101 et 191.

Les Institutions juridiques des Romains peuvent être envisagées à un double point de vue :

1° On peut étudier les règles qui les composent pour en faire ressortir la valeur théorique et pratique, pour déterminer dans quelle mesure elles répondent aux exigences de l'art du droit ;

2° On peut aussi rechercher sous quelles influences ces règles se sont formées, quelles modifications elles ont subies dans le cours des siècles, dans quelle mesure elles réalisent l'idéal de la justice humaine, comment elles ont été coordonnées pour devenir de véritables organismes sous le nom d'institutions juridiques.

Dans le premier cas, le droit romain est considéré comme l'expression de la raison écrite ; dans le second, comme un fait historique, comme l'une des plus importantes manifestations de la civilisation antique.

Nous nous proposons de l'étudier à ce second point de vue. Nous indiquerons d'abord l'objet et l'utilité de cette étude, ainsi que la méthode qu'elle comporte ; nous exposerons ensuite le plan de notre ouvrage.

§ 1er.

Considéré comme un fait historique, le droit romain se présente sous un double aspect : comme un fait social et comme une science.

Chez tous les peuples le droit est dans un rapport étroit avec l'état social. Tout le monde admet aujourd'hui que le droit, pris dans son ensemble, n'est pas une création du législateur, un produit exclusif de la raison humaine (1). Il en fut surtout ainsi chez les Romains, où le droit dérive en grande partie de la coutume. A Rome, le droit a sa source dans les mœurs du peuple : il porte l'empreinte de son caractère ; il varie suivant son état social ; c'est un des éléments les plus importants de la civilisation. A ce titre le droit a son histoire.

Mais la considération de l'état social, suffisante pour expliquer le droit des peuples dans l'enfance de la civilisation, ne l'est pas

(1) La question de la formation originaire du droit était encore discutée au commencement de ce siècle ; elle donna lieu en Allemagne à une vive polémique qui eut un grand retentissement. Un professeur de Heidelberg, Thibaut, frappé de la simplicité et de l'uniformité de la législation française, avait demandé la rédaction d'un code civil commun à toute l'Allemagne. Le droit, disait-il, est fait pour triompher des habitudes et des inclinations des hommes, pour corriger les sociétés et les influencer. Cette opinion, qui était la conséquence des doctrines philosophiques sur le droit naturel, et qui conduisait à ne tenir aucun compte des traditions historiques, souleva d'énergiques protestations. Celui qui devait devenir le chef de l'école historique,

lorsqu'on se place à une période plus avancée (1). Il faut alors tenir compte de l'influence exercée par la volonté de l'homme. A Rome, c'est la jurisprudence qui est devenue l'un des facteurs essentiels de la formation du droit, et qui a réussi à séparer le droit de la casuistique, à élever le droit à la hauteur d'une science. Le droit n'a pas eu, chez tous les peuples de l'antiquité, un caractère scientifique. Le droit romain seul présente les deux traits qui carctérisent toute science : des principes incontestés, des règles systématiquement coordonnées.

Nous ne prétendons pas assurément que les principes du droit romain aient une valeur absolue, expriment des vérités sur lesquelles la critique ne peut s'exercer. Si le droit était une science comme la mécanique et la chimie, si toutes ses règles étaient condensées dans des formules d'une rigueur mathématique, l'histoire du droit serait sans intérêt : le droit serait tout entier dans les législations modernes. Connaître une de ces législations, ce serait connaître tout ce qui, dans les législations antiques, mérite d'être connu. Le droit ne saurait aspirer à cette précision. Il ne se compose pas d'abstractions inflexibles comme une équation algébrique, mais de principes qui ne sont pas les mêmes chez tous les peuples ni dans tous les temps. Voilà pourquoi il y a lieu d'en écrire l'histoire, d'examiner sous quelles influences ces principes se sont formés, comment ils se sont développés et perfectionnés, pourquoi certains d'entre eux ont été abandonnés.

En présence de cette mobilité des principes du droit, on est tenté de se demander si le droit mérite le nom de science. En y regardant de près, on s'aperçoit que parmi ces principes il en est qui ont un caractère permanent, et se retrouvent d'une manière constante chez les peuples qui ont atteint un certain degré de civilisation. Bien que ces principes soient en petit nombre, cela suffit pour donner au droit la fixité propre à une science.

C'est surtout par la coordination systématique de ses règles que le droit romain présente un caractère scientifique. Si la Grèce ne peut rivaliser avec Rome dans le domaine du droit, c'est que le droit y est resté à l'état de matière inorganique. A Rome, les jurisconsultes ont donné la vie à cette matière, en groupant les règles de droit gouvernant un même rapport pour en former les

Savigny, démontra que le droit se formait non par la volonté d'un législateur, mais par les coutumes et les croyances. La loi, dit-il, constate le droit et ne le crée pas. — Dans le projet de Code civil de l'empire d'Allemagne, qui a été récemment élaboré, on s'est largement inspiré des traditions historiques et, en particulier, du droit romain.

(1) Voy. la critique des idées de Savigny par Geyer et par Merkel (*Encyclopadie der Rechtswissenschaft* de Holtzendorff, I, 82 et 35).

institutions juridiques (1). A ce point de vue encore, le droit a son histoire. Cette coordination est le résultat d'une longue élaboration. C'est après de longs tâtonnements que la jurisprudence romaine est arrivée à ces définitions, à ces divisions, à ces classifications qui font aujourd'hui partie intégrante de notre pensée juridique.

Nous aurons à rechercher les causes multiples, religieuses ou morales, économiques ou sociales, qui ont contribué à l'établissement des règles de droit; à exposer la formation et le développement des idées juridiques des Romains, en les dégageant des règles de droit qui les expriment; à expliquer comment les Romains ont fait du droit une science par l'ordonnancement systématique des règles posées par le législateur ou consacrées par la coutume.

§ 2.

I. — L'histoire des Institutions juridiques des Romains sert à retrouver la raison d'être de conceptions juridiques et de règles qui ont été conservées par le droit moderne.

Rome a exercé sur le monde moderne une action si puissante que, malgré la différence de l'état politique et social, nos conceptions juridiques sont, en bien des points, conformes aux siennes. Le fait a de quoi surprendre, car les lois varient suivant les peuples et suivant les époques. Pourquoi cette règle, attestée par l'histoire, souffre-t-elle exception pour le droit romain? Pourquoi ce droit est-il resté la base de la plupart des législations de l'Europe? Est-ce uniquement par respect pour des traditions dont l'ancienneté serait le principal mérite?

Mais cela n'expliquerait pas comment, aux premiers siècles de notre ère, le droit établi pour Rome a pu être appliqué à tant de peuples en Europe, en Asie, en Afrique, malgré les différences de races, de tempéraments, de caractères physiques et intellectuels. Il doit y avoir de ce phénomène une raison supérieure; il faut que le droit romain contienne des règles convenant à tous les peuples qui ont atteint un certain degré de civilisation. Certes le droit, considéré dans son ensemble, n'échappe pas à la loi du mouvement et du progrès. Comme la pensée humaine, il

(1) Saripolos, *Pourquoi il n'y a pas eu de jurisconsultes dans la Grèce antique.* (Cp[tes] R. Acad. Sc. mor., 1871, t. 96, p. 121.) Cf. sur le droit grec, Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène,* p. XLI. Hermann, *Lehrbuch der Griechischen Antiquitäten*, vol. II, première partie : *Rechtsalterthümer,* revue par Thalheim, 3[e] éd., 1884.

se transforme avec les siècles; il cherche, sans y réussir toujours, à devenir plus parfait. Mais dans le droit, comme dans la morale, il y a un petit nombre de vérités, fruit de l'expérience et de la réflexion, qui ne sont le privilège d'aucun temps, d'aucun peuple. Une fois acquises à l'humanité, elles forment un bien commun, qui se transmet de génération en génération.

Parmi ces vérités, il en est une que nous indiquerons dès à présent à cause de son importance, c'est celle de l'égalité de droit de tous les hommes. Admis d'abord par les Romains au profit des patriciens, ce principe fut étendu par la loi des Douze Tables à tous les citoyens. Cette conception était encore bien étroite ; elle excluait ceux qui n'avaient pas droit de cité romaine, les étrangers et les esclaves. Le progrès du droit, qui s'accomplit parallèlement à l'extension de l'empire, abaissa peu à peu les barrières qui séparaient les pérégrins des citoyens. Au temps de Justinien, il ne reste d'exception au principe de l'égalité de droit entre tous les hommes que pour les esclaves et les barbares.

Malgré cette restriction, c'est à Rome que le principe de l'égalité des individus, en matière de droit privé, a reçu son plus large développement ; c'est là ce qui donne au droit romain un caractère universel. Nous ne voulons pas dire que le droit romain soit un droit absolu, éternel, applicable à tous les pays et dans tous les siècles ; nous ne voulons pas dire non plus qu'on doive aujourd'hui se contenter du droit romain : nous entendons dire simplement que le droit romain contient un élément essentiel et général qui doit se retrouver dans toutes les législations.

Quelles sont les causes qui ont contribué à former ce caractère universel du droit romain ? La principale, c'est que le droit romain a eu, dans l'antiquité, une sphère d'application de plus en plus grande. Avec un point de départ des plus modestes, Rome est arrivée peu à peu à l'empire du monde. Le droit romain, qui, au début, avait un caractère municipal, est devenu un droit universel. A mesure que Rome étendit son territoire, le droit romain se transforma; mais la transformation n'a pas consisté, comme on pourrait le penser, à substituer au vieux droit romain un droit nouveau formé de la réunion des droits des peuples soumis à Rome. Les Romains n'ont jamais répudié leur droit national; ils ont réalisé dans le droit l'idée de centralisation qui les a inspirés dans leur gouvernement.

Ce n'est pas à dire qu'ils aient imposé de vive force leurs lois aux peuples vaincus. Tel n'est pas le procédé qu'ils ont habituellement employé. En général, ils laissaient subsister les coutumes locales; souvent même ils les confirmaient et en assuraient l'ap-

plication. Peu à peu, par suite des relations journalières, il s'établit un double courant de réaction, du droit romain sur le droit local, du droit local sur le droit romain. Ce sont les empereurs qui ont particulièrement travaillé à romaniser, au point de vue légal, les habitants des provinces. Hadrien, Marc-Aurèle, les deux Sévère, Dioclétien, sont ceux qui ont le plus efficacement contribué à généraliser l'usage du droit romain (1). En même temps les jurisconsultes empruntaient aux coutumes locales ce qu'elles avaient de meilleur. Mais, dans ce travail d'assimilation, ils ne se sont pas contentés de reproduire les règles qu'ils empruntaient; ils leur ont donné un cachet particulier ; ils les ont perfectionnées et les ont mises en harmonie avec l'ensemble de la législation. Le droit nouveau qui en est résulté présente toujours les traits propres au droit romain.

En formulant le principe de l'égalité de droit de tous les citoyens, les Romains ont émis une idée féconde, qui ne pouvait manquer d'être consacrée par les nations modernes. On ne peut pas en dire autant de toutes les conceptions juridiques des Romains. Aussi en est-il plusieurs qui sont dès longtemps abandonnées ou modifiées. A côté de ces conceptions juridiques dont les unes ne sont plus qu'un souvenir, tandis que les autres sont une réalité vivante, il en est qui se sont conservées sans qu'on puisse dire qu'elles s'imposent comme une nécessité. Il en est même qui ne répondent plus exactement aux conditions économiques de nos sociétés contemporaines, et qui ne subsistent que par la force de la tradition. Pour secouer le joug des Romains ou pour découvrir les raisons qui doivent nous conduire à nous ranger à leur avis, il est utile de rechercher les motifs qui les ont portés à préférer telle ou telle manière de concevoir les rapports de droit.

II. — L'histoire des Institutions juridiques sert également à pénétrer les causes d'une organisation du droit qui a duré jusqu'à nos jours. Les règles de droit nous apparaissent aujourd'hui non plus isolées les unes des autres, sous forme d'ordres ou de défenses, mais condensées dans une définition, une classification ou une division. Cet ordonnancement systématique des règles de droit en facilite singulièrement l'intelligence et la puissance d'application. Ce n'est pas seulement la valeur logique de cette coordination qu'il s'agit d'apprécier, mais aussi sa valeur pra-

(1) Édouard Cuq, *Le Conseil des Empereurs, d'Auguste à Dioclétien,* extrait des *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres,* 1884 (Sav. Étrang., première série, t. IX, deuxième partie), p. 440.

tique. On apprend à mettre d'accord les théories conçues par l'esprit avec les nécessités de la vie.

III. — L'histoire des Institutions juridiques ne sert pas seulement à juger les idées juridiques que nous avons empruntées aux Romains, elle est non moins utile comme introduction à la science sociale. C'est elle qui fournit à cette science les faits les plus nombreux et les plus précis, soit qu'on veuille déterminer la constitution des sociétés primitives, soit qu'on préfère rechercher les lois du développement d'une société.

A mesure qu'on a recueilli des informations plus précises sur les législations des divers peuples, on a constaté que, malgré la différence des races, il existe entre elles, du moins à l'origine, une affinité certaine. La diversité des lois résulte de circonstances locales, de la différence des milieux dans lesquels le droit s'est développé. Il s'est produit pour le droit un phénomène analogue à celui que l'on a remarqué pour les langues indo-européennes : l'unité primitive a fait place à la diversité. Mais tandis que les langues humaines sont, d'après les linguistes, irréductibles à une même souche, l'étude du droit dans les sociétés primitives semble conduire à une conclusion différente, ou tout au moins prouver que, dans l'enfance des peuples comme dans celle des individus, il y a une façon uniforme de concevoir les rapports avec les personnes et les choses qui nous entourent.

L'histoire des Institutions juridiques n'est pas moins intéressante si l'on se place à une phase plus avancée de la civilisation. Tandis que les spéculations des philosophes, les œuvres des littérateurs et des artistes ne nous mettent en état de juger que la puissance de conception d'une élite de citoyens, le droit nous permet de savoir dans quelle mesure l'idée de justice a pénétré dans la conscience du peuple. C'est, de toutes les formes de la pensée humaine, celle qui reflète le mieux l'état social et intellectuel.

Le droit romain offre, à ce double point de vue, un champ d'études unique, puisqu'on peut en suivre l'évolution pendant dix siècles, depuis les Douze Tables jusqu'aux compilations de Justinien. Trois cents ans après la fondation de Rome, le droit promulgué par les décemvirs était bien grossier, bien imparfait. Par quelle singulière fortune ce droit s'est-il si profondément modifié, pendant que celui des autres peuples demeurait à peu près stationnaire? Il a suffi d'une période relativement courte, les derniers siècles de la République, pour préparer la formation du droit qu'on est convenu d'appeler le droit clas-

sique. Pour comprendre comment ce changement s'est opéré, il faut observer le progrès insensible des idées ; suivre les efforts incessants des jurisconsultes pour développer les germes contenus dans les Douze Tables ; noter les diverses transformations subies par leur pensée avant d'arriver à une formule définitive.

Les conceptions du droit classique sont le dernier terme d'une évolution dont le point de départ remonte aux origines de Rome. En examinant chacune des grandes institutions relatives à l'état et à la condition des personnes, à l'organisation de la famille et de la propriété, aux obligations, nous aurons à constater que cette évolution s'est accomplie sans secousse, sans précipitation, avec mesure et après mûre réflexion. C'est en effet une loi générale de l'histoire du droit : lorsqu'un changement survient dans une législation, il se produit, comme dans le monde physique, insensiblement. Il y a toujours une transition. Les changements brusques que l'on remarque parfois aux époques des catastrophes politiques ne sont qu'apparents, c'est-à-dire qu'ils n'ont jamais une longue durée.

L'histoire des Institutions nous permet ainsi de déterminer quelques-unes des lois les plus importantes de l'organisation des sociétés. Or, la connaissance de ces lois est indispensable pour faire progresser le droit moderne. Toute réforme, pour avoir chance d'aboutir, doit être en harmonie avec ces lois ; sinon, fût-elle irréprochable au point de vue des principes, elle est destinée à échouer.

En résumé, l'étude historique du droit romain offre un intérêt social supérieur à celui de l'étude exégétique et dogmatique. Ce n'est pas à dire qu'il faille négliger celle-ci pour s'en tenir à celle-là ; ces deux études doivent se compléter l'une par l'autre. Pour reposer sur une base solide, l'histoire du droit doit s'appuyer sur une connaissance approfondie des textes. De son côté, l'étude exégétique et dogmatique ne se suffit pas à elle-même. Assurément, comme moyen d'éducation juridique, elle a une utilité incontestable ; elle apprend à analyser un texte, à dégager l'espèce qu'il prévoit, à apprécier la valeur logique de la décision qu'il renferme, à rattacher cette décision à un principe, à déduire les conséquences qui en résultent. Mais cet exercice indéfiniment répété n'est pas sans inconvénient ; l'esprit s'habitue à s'appesantir sur les textes et à ne rien voir au delà. C'est une sorte de myopie intellectuelle qui caractérise ce qu'on a appelé l' « esprit légiste ». L'étude historique est nécessaire pour corriger ce que cet esprit a d'exclusif et de court. Ce qu'elle demande aux lois romaines, ce sont surtout les concep-

tions juridiques, les idées maîtresses dont les règles de droit sont l'expression plus ou moins imparfaite. Elle recherche les causes qui leur ont donné naissance, les influences sous lesquelles elles se sont développées ou transformées. Par là même, elle apprend à les juger.

§ 3.

Si l'étude historique et l'étude dogmatique se complètent l'une par l'autre, n'y aurait-il pas avantage à les réunir et à les faire marcher de front? C'est la pensée qu'on a cherché à réaliser, dès la fin du siècle dernier, en joignant l'histoire de la législation et de la doctrine au commentaire des Institutes. Cette pratique, inaugurée par Heineccius, s'est conservée dans l'enseignement officiel, en France, jusqu'à l'année dernière. Les inconvénients qu'elle présente ont depuis longtemps frappé tous ceux qui s'intéressent aux progrès des études de droit dans notre pays. L'attention concentrée sur les détails du commentaire perd forcément de vue l'ensemble du développement du droit. On ne pouvait atténuer cet inconvénient qu'en entremêlant de notions historiques le commentaire ou l'exposé doctrinal. On changeait de point de vue et de méthode suivant qu'on envisageait le côté historique ou le côté technique de chaque institution. C'est pour cela que l'étude du droit romain est devenue si complexe et si ardue. On ne peut la simplifier et la rendre fructueuse qu'en séparant dans l'enseignement ce qui est distinct dans la réalité, en faisant de l'étude du droit romain considéré comme un fait historique l'introduction à l'étude du droit romain considéré comme raison écrite (1).

Cette simplification s'impose surtout depuis le décret du 24 juillet 1889, qui a réduit à trois semestres la durée des cours de droit romain pour la licence. L'enseignement doit devenir plus élémentaire, et il ne peut l'être, tout en conservant son utilité comme moyen d'éducation juridique, qu'en s'attachant à l'histoire des institutions (2).

(1) C'est ce que disait déjà, en 1820, Warnkönig, dans sa leçon d'ouverture à l'Université de Liège : « Les cours de droit romain, soit élémentaires, soit approfondis, doivent nécessairement être accompagnés de notions historiques; mais celles-ci ne peuvent être bien comprises, ni leur utilité bien appréciée, si l'on ne s'en occupe pas dans un cours particulier. Sans cela l'histoire n'offre pas d'ensemble, on ne peut en montrer distinctement les époques, ni expliquer les changements qui ont été introduits dans les diverses institutions du droit romain. » (*Thémis*, II, 382.)

(2) C'est l'opinion qui a été exprimée par la grande majorité des Facultés dans l'enquête qui a précédé le décret de 1889. Voy. les rapports de M. Bufnoir (Faculté de Paris), de M. Barckhausen (Faculté de Bordeaux), de M. Caillemer (Faculté de

Mais l'histoire des institutions ne se réduit pas aux notions sommaires par lesquelles on s'est efforcé, dans les ouvrages modernes consacrés au droit romain, de donner une couleur historique à l'exposé doctrinal. « La plupart des traités sur l'histoire du droit romain, dit M. Von Ihering, ne contiennent autre chose que l'histoire dogmatique, c'est-à-dire l'histoire de la législation et de la doctrine; mais ils ne présentent pas une exposition du droit tel qu'il existait en réalité. La doctrine perd par là son fond vivant; elle est isolée de sa corrélation avec le monde réel, dans lequel elle trouvait le fondement et les conditions de son existence et, par cela même, sa justification et son intelligence (1). »

L'étude du droit romain, considéré comme un fait historique, repose avant tout sur l'observation soit des transformations successives de l'état social, soit du développement progressif de la jurisprudence. La méthode qui convient à cette étude est très différente de celle qui s'applique au droit romain considéré comme un ensemble de préceptes. Au lieu de procéder par voie de déduction, il faut recourir à l'observation et à l'analyse des faits sociaux : c'est la méthode expérimentale, la méthode historique.

C'est surtout depuis le milieu de ce siècle qu'on a eu conscience des avantages que présente l'étude du droit romain envisagé sous cet aspect (2). Jusqu'alors l'histoire n'avait été que l'auxiliaire de l'exégèse, comme dans l'œuvre de Cujas, ou bien elle avait servi à préparer la dogmatique, comme dans les travaux de Savigny. Les romanistes contemporains ont compris qu'il y avait utilité à étudier l'histoire pour elle-même. L'histoire n'a pas simplement pour but de satisfaire un sentiment de curiosité : ce doit être un instrument de progrès; son rôle est de servir d'enseignement. Elle doit tirer des faits particuliers des conclusions générales, ouvrir des perspectives par des vues d'ensemble, être vivifiée, en un mot, par l'esprit philosophique.

Lyon), de M. Bonneville (Faculté de Dijon), de M. Chénon (Faculté de Rennes), de M. Lacour (Faculté de Lille), de M. Moreau (Faculté d'Aix), de M. Ambroise Colin (Faculté de Caen), de M. Meynial (Faculté de Montpellier), dans les *Enquêtes et documents relatifs à l'Enseignement supérieur,* 1889, XXXI, p. 10, 51, 144, 156, 84, 207, 123, 65, 168. Voy. également les articles publiés dans la *Revue internationale de l'Enseignement supérieur,* par M. Duguit, *De quelques réformes à introduire dans l'enseignement du droit,* 1888, t. XV, p. 155; par M. Turgeon, *L'enseignement des Facultés de droit de 1879 à 1889,* 1890, t. XIX, p. 286; par M. Saleilles, *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit,* 1890, t. XIX, p. 484. Cette direction nouvelle de l'étude du droit romain a été très nettement indiquée par M. Louis Liard dans son étude sur les Facultés françaises de 1789 à 1889 (*Universités et Facultés,* 1890, p. 84).

(1) *L'Esprit du droit romain,* trad. de Meulenaere, t. I, p. 56.

(2) Voy. Éd. Laboulaye, *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir* (Rev. histor., 1855, t. I, p. 3).

Cette façon de concevoir l'histoire du droit avait déjà été mise en pratique, au siècle dernier, par l'auteur de l'*Esprit des lois*. Montesquieu a montré que le droit, dans nos sociétés modernes, doit s'appuyer sur les données de l'histoire, que les hommes ne sont pas conduits uniquement par leurs fantaisies, mais d'après certains principes que l'histoire apprend à déterminer. Quelques années auparavant, Vico avait dit, lui aussi, dans sa *Science nouvelle,* que le droit sort des mœurs des peuples et représente fidèlement tous les progrès de leur histoire, que les transformations de l'humanité sont surtout sensibles dans le droit, et que l'étude des religions, des langues, des littératures, a besoin d'être éclairée par l'histoire du droit. Mais l'ouvrage de Vico contenait des vues ingénieuses, et comme des pressentiments plutôt que des faits scientifiquement démontrés. Montesquieu, au contraire, procède par voie d'analyse ; il recueille des faits se rapportant aux peuples les plus divers, et il en tire des conclusions générales : c'est la méthode d'observation et d'analyse dont il avait puisé le goût dans ses études d'anatomie, de botanique et de physique, et qu'il appliqua aux faits historiques. Certes Montesquieu n'est pas resté, en tout point, fidèle à cette méthode ; on ne peut pas dire que l'imagination ne joue dans son œuvre aucun rôle ; du moins ne saurait-on lui refuser le mérite d'avoir montré la route à suivre.

Les idées de Montesquieu eurent peu de succès auprès de ses contemporains. Elles ont été reprises de nos jours, et appliquées, en particulier, aux institutions juridiques des Romains. De toutes parts, en France, comme en Allemagne, en Italie, en Angleterre, et dans les divers pays où l'étude du droit romain est en honneur, on s'est mis avec ardeur à la recherche des documents qui peuvent servir à éclairer l'histoire du droit romain. La plupart des problèmes que soulève cette étude ont été examinés et discutés.

Ce sont les conclusions de ces travaux que nous nous proposons de grouper dans un tableau d'ensemble, en y joignant les résultats de nos recherches personnelles. Nous avons essayé de montrer comment les changements survenus dans l'état social ont eu leur contre-coup sur l'état du droit. Mais en même temps nous avons voulu faire la part qui revient au génie de l'homme, en suivant, dans sa marche continue vers le progrès, le développement de la jurisprudence.

§ 4.

Si nous avions à faire l'étude dogmatique des institutions juridiques des Romains, nous exposerions successivement l'ensemble des règles établies aux diverses époques de la législation romaine sur la famille, la propriété, l'obligation, l'hérédité. Chacune de ces institutions serait considérée comme un seul tout et ferait l'objet d'une étude séparée, où l'on insisterait plus particulièrement sur la période où elle aurait atteint son plus haut degré de perfection. En procédant autrement, il serait moins facile d'apercevoir toutes les règles qui lui sont propres et de comprendre sa valeur logique et pratique.

Bien différente est la marche à suivre dans une étude historique. Les institutions juridiques appartenant à une époque déterminée ne peuvent être bien comprises, si l'on ne les rétablit dans le milieu pour lequel elles ont été faites. Comment concevoir, par exemple, l'existence de communautés agraires aux premiers siècles de Rome, de restrictions à la liberté de tester, au temps des Douze Tables, si l'on n'étudie simultanément l'organisation de la famille et le régime de la propriété? Telle institution qui semble étrange, si on la change de milieu, s'explique aisément si on la rapproche des institutions de la même époque. Nous aurons donc à étudier simultanément l'ensemble des institutions appartenant à une période déterminée.

La division dépend d'ailleurs du point de vue sous lequel on envisage le droit. Considérons-le d'abord comme un fait social. Si l'on embrasse d'un coup d'œil l'état du droit romain pendant les treize siècles qui séparent la fondation de Rome du règne de Justinien, on distingue quatre phases successives :

La première s'étend de l'origine de Rome à la soumission complète de l'Italie (486) : c'est la période du droit italique.

La deuxième comprend l'intervalle qui s'est écoulé entre la conquête de l'Italie et l'avènement d'Auguste (486-731). C'est alors que se forme le droit romain proprement dit; c'est la période du droit national.

Dans la troisième période, qui va d'Auguste à Dioclétien, le droit romain tend à devenir un droit universel. Les éléments provinciaux le pénètrent de toutes parts; l'influence de l'Orient se fait particulièrement sentir, surtout pendant le troisième siècle.

Dans la quatrième période, de Constantin à Justinien, le droit romain se modifie sous l'influence du christianisme, qui est devenu la religion de l'État. Les empereurs cherchent à adapter

la législation aux besoins et aux croyances de la société nouvelle.

Chacune de ces quatre périodes correspond à une phase de la civilisation romaine : période italique, période grecque, période provinciale (surtout orientale), période chrétienne (1).

Il ne faut pas s'étonner de la longueur de ces périodes : les transformations du droit s'opèrent avec lenteur, elles exigent un temps d'autant plus long qu'elles ne dépendent ni du législateur, ni de la jurisprudence ; elles doivent être acceptées et consacrées, en quelque sorte, par l'opinion publique. Le droit change aussi difficilement que la langue. Une révolution dans les idées juridiques rencontre bien des obstacles : la force de l'habitude, le goût de la stabilité, l'aversion instinctive de la masse du peuple pour les innovations. Que de dispositions de notre Code civil sont depuis longtemps critiquées par les jurisconsultes, sans qu'on ait osé les modifier! Aussi, pour pouvoir constater un changement notable dans la physionomie du droit, faut-il embrasser plusieurs siècles.

Si nous considérons maintenant le droit romain comme une science, son histoire ne remonte pas au delà du septième siècle de Rome, et ne s'étend guère plus loin que le milieu du troisième siècle de notre ère. C'est au cours de la seconde phase de la civilisation romaine que, sous l'influence de la rhétorique et de la philosophie grecques, le droit commence à recevoir une organisation scientifique. Pendant six siècles les légistes se sont bornés à préparer les matériaux qui furent mis en œuvre par les jurisconsultes de la fin de la République et du Haut-Empire, depuis Q. Mucius jusqu'à Modestin. Il y a donc lieu de distinguer ici la période antérieure et la période postérieure à Q. Mucius.

Les premiers essais d'élaboration scientifique du droit romain marquent un moment décisif dans l'histoire de ce droit. En comparant l'état du droit avant et après le septième siècle, on peut se rendre compte de la fécondité que les règles de droit acquièrent lorsque le droit devient une science. Il y a dans ce contraste tout un enseignement; nous en tirerons parti pour la division de notre ouvrage.

Le premier volume sera consacré à l'ancien droit romain, et

(1) La division autrefois la plus répandue était celle que Gibbon avait proposée et que G. Hugo avait adoptée (*Lehrbuch der Rechtsgeschichte*, 1790). Elle comprend également quatre périodes qui ont respectivement pour terme : les Douze Tables, Cicéron, Sévère Alexandre et Justinien. On les caractérisait en les comparant aux âges de la vie humaine : il y avait la période de l'enfance, celle de l'adolescence, de l'âge mûr, enfin la période de la vieillesse. Voy. sur les différentes manières de diviser l'histoire du droit romain, Danz, *Lehrbuch*, I, 7; Kuntze, *Excurse über römisches Recht*, 60; Ihering, *L'esprit du droit romain*, I, 64.

comprendra l'étude des institutions juridiques à l'époque où la législation romaine était dépourvue de tout caractère scientifique, c'est-à-dire pendant toute la période italique et une partie de la période grecque.

Le second volume sera principalement consacré au droit classique. D'ordinaire, on réserve cette dénomination au droit des jurisconsultes des premiers siècles de l'Empire, plus spécialement ceux du deuxième siècle et de la première moitié du troisième. Mais les jurisconsultes de cette époque sont les héritiers directs de ceux de la fin de la République. Q. Mucius, Servius, Trebatius, Cascellius, Tubéron, ont travaillé tout aussi bien que Labéon, Julien, Paul, ou Papinien, à faire du droit romain une science : à ce titre ils ne doivent pas être séparés dans notre étude. Qu'on les considère, si l'on veut, comme les précurseurs des jurisconsultes classiques, ils n'en ont pas moins montré la voie, inauguré la méthode que leurs successeurs ont portée à une rare perfection.

Quant au droit du Bas-Empire, il n'a d'autre intérêt, au point de vue scientifique, que de faire voir ce que devient la meilleure législation lorsqu'elle n'est plus dirigée et vivifiée par des jurisconsultes. Pour remédier à l'insuffisance des praticiens, les empereurs multiplient les décisions d'espèce ; ils essayent de tout prévoir et n'aboutissent qu'à la confusion. Les théories que les jurisconsultes classiques n'avaient fait qu'ébaucher demeurent inachevées; les légistes de l'époque ne sont plus en état de continuer l'œuvre de leurs prédécesseurs. Leurs ouvrages sont de simples compilations. Le plus grand effort dont ils soient capables consiste à faire des répertoires de jurisprudence.

Ce n'est pas à dire que l'on doive négliger le droit du Bas-Empire : comme fait social, il a une grande importance. Le droit romain que le moyen âge a connu et cultivé est celui qui était contenu dans les compilations de Théodose et de Justinien. C'est de ce droit que l'on s'est inspiré pour la rédaction de nos codes. Il est utile de l'étudier comme introduction à l'histoire du droit moderne. Il est utile également, mais pour une cause toute différente, de l'étudier au point de vue de l'histoire du droit romain. Bon nombre de textes relatifs au droit classique ont été retouchés par les commissaires chargés par Justinien de compiler le Code ou le Digeste. Pour reconnaître ces modifications et retrouver la pensée des jurisconsultes, il est indispensable de savoir quelles sont les idées nouvelles qui furent introduites dans la législation du Bas-Empire. Nous les exposerons dans les chapitres qui termineront notre second volume.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

DE L'ANCIEN DROIT ROMAIN

I. — Recueils de textes (1).

1. Recueils contenant les monuments législatifs publiés par Justinien.

Corpus juris civilis, éd. Kriegel. — I. Institutes et Digeste (éd. fratres Kriegel). — II. Code (éd. Hermann). — III. Novelles (éd. Osenbrueggen). 3 vol., 1833-1843.

Corpus juris civilis, éd. Mommsen, Krueger et Schoell, 1868-1889. — I. Institutes (éd. Krueger) et Digeste (éd. Mommsen). — II. Code (éd. Krueger). — III. Novelles (éd. Schoell, inachevé). — Éd. stéréotype des deux premiers volumes, 1872-1877 (2).

(1) Les traités spéciaux et les monographies seront mentionnés au cours de l'ouvrage.

Les ouvrages marqués d'un astérisque sont cités par le seul nom de l'auteur.

Les principales abréviations sont indiquées entre parenthèses, à la suite de chacun des ouvrages ci-après désignés.

Les renvois aux auteurs classiques latins et grecs sont faits en abrégé, suivant l'usage reçu : Liv. : Tite-Live ; Ter. : Térence ; Gell. : Aulu-Gelle, etc.

Voici en outre quelques abréviations dont nous avons fait usage :

C. Th. : Code Théodosien, éd. Haenel, 1837-1842.

Lenel, *E. P.* : Lenel, *Das Edictum Perpetuum,* 1883.

Kr. Vschr. : *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* Depuis 1859.

Archiv. giur. : *Archivio giuridico.* Depuis 1867.

Hermes : *Hermes. Zeitschrift für klassische Philologie.* Depuis 1866.

Eph. epigr. : *Ephemeris epigraphica. Corporis inscriptionum latinarum supplementum.* Depuis 1873.

C. I. Gr. : Corpus Inscriptionum Græcarum, 3 vol., 1828-1877.

Bull. dell' Inst. : *Bulletino dell' Instituto di corrispondenza archeologica di Roma.*

(2) Nos renvois au *Corpus juris* sont désignés par les abréviations suivantes : Inst., D., C. J., Nov., pour les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles. Nous avons pris soin, pour les extraits du Digeste, de rapporter le nom du jurisconsulte et le titre de l'ouvrage auquel a été emprunté le fragment : ce sont là des indications précieuses pour l'histoire du droit. Les chiffres romains et les chiffres arabes qui accompagnent les renvois indiquent : le premier, le livre ; le second, le titre ; le troisième, le § des Institutes, la loi du Digeste ou la Constitution du Code. Pour le Digeste et le Code, il y a souvent un quatrième chiffre qui indique le §. Ainsi Gaius, 2 ad XII Tab., D., L. 16, 234, 2, désigne un fragment du second livre du commentaire de Gaius sur les Douze Tables, inséré au Digeste, livre 50, titre 16, loi 234, § 2. Par exception, les livres XXX, XXXI, XXXII du Digeste n'étant pas subdivisés en titres, le premier chiffre arabe indique la loi ; le second, le §.

2. Recueil spécial des fragments de chacun des ouvrages des jurisconsultes classiques :

Palingenesia juris civilis. Jurisconsultorum reliquiæ quæ Justiniani Digestis continentur ceteraque jurisprudentiæ civilis fragmenta minora, secundum auctores et libros, ed. * LENEL, 2 vol., 1888-1889.

3. Recueils de droit antéjustinien (1) :

* HUSCHKE, *Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt,* 1860; 5e éd., 1886.

* BRUNS, *Fontes juris Romani antiqui,* 1860 ; 5e éd., 1887.

* Ch. GIRAUD, *Novum Enchiridion juris Romani,* 1873. — *Appendix :* Gaii institutionum commentarii IV, 1881.

KRUEGER, MOMMSEN, STUDEMUND, *Collectio librorum juris antejustiniani,* t. Ier, 1878; 2e éd., 1884 ; t. II, 1884; t. III, 1890.

COGLIOLO, *Manuale delle fonti del diritto Romano,* 1885.

* P. F. GIRARD, *Textes de droit romain,* 1890.

* MISPOULET, *Manuel des textes de droit romain*, 1890.

4. Recueils d'inscriptions latines :

* ORELLI, *Inscriptionum latinarum amplissima collectio,* 2 vol., 1828. Un troisième volume de suppléments a été publié par HENZEN en 1856.

* WILLMANNS, *Exempla inscriptionum latinarum.* 2 vol., 1873.

* *Corpus Inscriptionum latinarum* (*C. I. L.*), en cours de publication, 1863-1888 :

I. *Inscr. antiquissimæ ad C. Cæsaris mortem,* éd. MOMMSEN, 1863.

II. *Inscr. Hispanæ,* éd. HUEBNER, 1869.

III. *Inscr. Asiæ provinciarum Europæ, Græcarum, Illyrici,* éd. MOMMSEN, 1873. Suppl., 1889.

IV. *Inscr. parietariæ Pompeianæ, Herculanenses, Stabeianæ,* éd. ZANGEMEISTER, 1871.

V. *Inscr. Galliæ cisalpinæ,* éd. MOMMSEN, 1872.

VI. *Inscr. urbis Romæ,* coll. HENZEN, J. B. DE ROSSI ; éd. BORMANN, HENZEN, HUELSEN (inachevé), 1876-1886.

VII. *Inscr. Britanniæ,* éd. HUEBNER, 1873.

VIII. *Inscr. Africæ,* éd. WILMANNS, 1881.

IX. *Inscr. Calabriæ, Aquiliæ, Samnii, Sabinorum, Piceni,* éd. MOMMSEN, 1883.

X. *Inscr. Bruttiorum, Lucaniæ, Campaniæ, Siciliæ, Sardiniæ,* éd. MOMMSEN, 1883.

XI. *Inscr. Æmiliæ, Umbriæ, Etruriæ,* éd. BORMANN, 1888.

XII. *Inscr. Galliæ Narbonensis,* éd. HIRSCHFELD, 1888.

XIII. *Inscr. trium Galliarum et duarum Germaniarum* (non publié).

XIV. *Inscr. Latii veteris,* éd. DESSAU, 1887.

II. — HISTOIRE ROMAINE.

V. DURUY, *Histoire des Romains depuis les temps les plus reculés jusqu'à Dioclétien.* 2e éd., 1870, 7 vol. Une troisième édition illustrée va jusqu'à l'invasion des Barbares, 7 vol., 1879-1885.

MOMMSEN, *Römische Geschichte* (inachevé), t. I à III, 1854-1856;

(1) Les recueils édités en France contiennent en plus les Institutes de Justinien.

7e éd., 1882; t. V, 1885. Deux traductions françaises des trois premiers volumes par ALEXANDRE et par HÉGUIN DE GUERLE. Traduction du cinquième volume par CAGNAT et TOUTAIN, 1887-1889.

SCHWEGLER, *Römische Geschichte* (inachevé). 3 vol., 2e éd., 1867.

III. — DROIT PUBLIC ROMAIN.

* LANGE, *Römische Alterthümer* (inachevé). 3 vol., 1856-1860; 3e éd., 1876-1879.

* MARQUARDT und MOMMSEN, *Handbuch der römischen Alterthümer.* 7 vol. : les trois premiers publiés par MOMMSEN sous le titre de *Römisches Staatsrecht* (vol. I et II, 1871, 3e éd., 1887 ; vol. III, 1887) ; les quatre derniers publiés par MARQUARDT sous le titre de *Römische Staatsverwaltung,* 1873-1882; 2e éd., 1881-1885. Une traduction française par GIRARD, WEISS, LOUIS-LUCAS, VIGIÉ, BRISSAUD, est en cours de publication (1).

WILLEMS, *Le droit public romain depuis la fondation de Rome jusqu'à Justinien,* ou *Les antiquités romaines envisagées au point de vue des institutions politiques,* 1870; 5e éd., 1883.

MISPOULET, *Les institutions politiques des Romains,* ou *Exposé historique des règles de la constitution et de l'administration romaines,* depuis la fondation de Rome jusqu'au règne de Justinien. 2 vol., 1882-1883.

MADVIG, *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates,* 2 vol., 1882-1884. Traduction française de MOREL, 5 vol., 1882-1889.

HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung,* 2 vol., 1884-1888.

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* (*röm. R. G.*), t. Ier (seul publié, 1885) : *Staatsrecht und Rechtsquellen.*

BOUCHÉ-LECLERCQ, *Manuel d'institutions romaines,* 1886.

SCHILLER, *Staats und Rechtsaltertümer,* publié par Iwan MUELLER dans son *Handbuch der klassichen Altertums-Wissenschaft.* 1887, t. IV, p. 483-744.

IV. — HISTOIRE DU DROIT ROMAIN (2).

* R. VON IHERING, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung* (inachevé). 3 vol., 1852-1863; 4e éd., 1888. Traduction française par DE MEULENAERE, 4 vol., 1877-1878 (3).

(1) Nos renvois se rapportent à la deuxième édition allemande et, autant qu'il nous a été possible, à la traduction française. Les chiffres entre parenthèses indiquent la page de la traduction; lorsqu'un volume de l'édition allemande est dédoublé dans la traduction, nous distinguons le second volume par un exposant. MOMMSEN, III, 428 (10^2) désigne la troisième partie du *Römisches Staatsrecht,* p. 428 de l'éd. allemande, p. 10, t. II, de la traduction.

(2) Nous citons seulement les ouvrages publiés depuis 1850. Nous croyons cependant devoir mentionner les trois ouvrages édités en France avant cette date sur l'histoire du droit romain :

TERRASSON, *Histoire de la jurisprudence romaine,* 1750.

BERRIAT-SAINT-PRIX, *Histoire du droit romain,* suivie de l'histoire de Cujas, 1821.

Ch. GIRAUD, *Eléments de droit romain, par Heineccius,* traduits, annotés, corrigés et précédés d'une *Introduction historique* (seule publiée), 1835.

(3) Nos renvois se rapportent à la traduction française.

Esmarch, *Römische Rechtsgeschichte.* 1856; 3e éd., 1888.

Moritz Voigt, *Das* jus naturale æquum et bonum *und das* jus gentium *der Römer* (*J. N.*), 4 vol., 1856-1875.

* — *Die XII Tafeln. Geschichte und System des civil und criminal-Rechtes, wie Processes der XII Tafeln, nebst deren Fragmenten.* 2 vol., 1883.

— *Privataltertümer und Kulturgeschichte,* publié par Iwan Mueller dans son *Handbuch der klassichen Altertums-wissenschaft,* 1887, t. IV, p. 747-931.

Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte.* 2 vol., 1857-1859.

* Kuntze, *Cursus des römischen Rechts. Lehrbuch der Institutionen sowie der äusseren und inneren Rechtsgeschichte,* 1869; 2e éd., 1879.

* — *Excurse über römisches Recht. Hülfsbuch für akademische Privat-studien im Gebiet der Institutionen sowie der äusseren und inneren Rechts-geschichte,* 1869; 2e éd., 1880.

Rivier, *Introduction historique au droit romain,* 1872; 2e éd., 1881.

De Hinojosa, *Historia de derecho romano* según las más recientes investigaciones, 1880-1885.

Padeletti, *Storia del diritto romano,* 1878; 2e éd., avec notes de Cogliolo, 1886.

Baron, *Geschichte des römischen Rechts* (inachevé), t. Ier. 1884.

Landucci, *Storia del diritto romano dalle origini fino a Giustiniano,* 1886.

Muirhead, *Historical introduction to the private Law of Rome,* 1886. Traduction française par Bourcart, 1889.

Carle, *Le origini del diritto romano. Ricostruzione storica dei concetti che stanno a base del diritto pubblico e privato di Roma,* 1888.

Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts,* 1889.

Bruns, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts.* 5e éd., revue par A. Pernice et publiée par Holtzendorff dans son *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung,* 1889, t. I, p. 97-183.

V. — Histoire des sources.

Ferrini, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana,* 1885.

Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* I, 1885.

Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts,* 1888.

VI. — Histoire de la jurisprudence.

Sanio, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft,* 1858.

Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (inachevé), I, 1888.

VII. — Histoire de la procédure.

* Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschicht-licher Entwickelung.* Les trois premiers volumes sont consacrés à l'histoire de la procédure civile des Romains (1864-1866).

Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen,* 1872.
Buonamici, *La storia della procedura civile romana* (inachevé), I, 1886.

La plupart des ouvrages modernes consacrés à l'exposé doctrinal du droit romain contiennent des notions historiques plus ou moins sommaires. Nous citerons seulement les trois principaux ouvrages publiés en langue française :

* Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne, suivie d'une généralisation du droit romain. — Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien.* 3 vol., 1827 ; 12e éd., augmentée d'appendices par J. E. Labbé, 1883-1884.

* Maynz, *Cours de droit romain,* précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome. 3 vol., 1845 ; 4e éd., 1876-1877.

* Accarias, *Précis de droit romain,* comprenant, avec l'exposé des principes généraux, le texte, l'explication, la traduction des Institutes de Justinien, 2 vol., t. Ier, 1870, 4e éd., 1886 ; t. II, 1873-1878, 3e éd., 1882.

Revues historiques de droit.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Z. f. g. Rw.), 15 vol., 1815-1850.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Z. f. R. G.), 13 vol., 1861-1878.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Z. Sav. St.). *Romanistische Abtheilung.* Depuis 1880.

Revue historique de droit français et étranger. 15 vol., 1855-1869.

Revue de législation ancienne et moderne. 6 vol., 1870-1876.

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger (Nouv. Rev. histor.). Depuis 1877.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Z. f. vgl. Rw.). Depuis 1878.

Studi e documenti di storia e diritto. Pubblicazione periodica dell' Accademia di conferenze storico giuridiche. Depuis 1880.

Bulletino dell' Istituto di diritto Romano. Depuis 1888.

PREMIÈRE PARTIE

L'ANCIEN DROIT

DIVISION

ET

SOURCES DE L'ANCIEN DROIT

I

LES TROIS ÉPOQUES DE L'ANCIEN DROIT.

Sous le titre d'ancien droit, nous comprenons l'étude des institutions juridiques des Romains pendant les six premiers siècles. C'est une période de préparation; elle se distingue de la période suivante en ce que le droit n'est pas l'objet d'une véritable élaboration scientifique. Les droits sur les personnes et sur les choses qui, au début, semblent se confondre, se diversifient peu à peu sous la pression des besoins de la pratique et par une sorte d'intuition des différences réelles qui les séparent. Mais les institutions juridiques n'ont pas encore ces contours bien arrêtés, cette physionomie caractéristique qu'ont su leur donner les jurisconsultes classiques.

Pendant cette période, le droit a subi d'importantes transformations. On peut les attribuer à deux causes principales : l'admission de la plèbe au droit de cité, l'accroissement de la fortune privée et le développement des relations commerciales après la soumission de l'Italie à la domination romaine. La première cause a eu pour conséquence l'établissement de l'égalité de droit entre plébéiens et patriciens : ce fut l'objet de la loi des Douze Tables. La seconde cause entraîna un changement décisif dans la notion de la propriété, en même temps qu'elle motivait la création de nouveaux actes juridiques mieux appropriés que les anciens aux exigences du commerce et accessibles aux pérégrins.

Des changements aussi notables n'auraient pas été possibles, si le droit romain n'avait perdu, au milieu du cinquième siècle, sa raideur primitive. Deux faits ont contribué à lui donner une souplesse que ne comportait pas l'observation scrupuleuse des rites

établis par les pontifes : la divulgation des archives pontificales et l'enseignement public du droit.

Nous aurons à distinguer trois époques dans l'histoire des institutions juridiques des Romains sous l'ancien droit :

La première s'étend de la fondation de Rome à la promulgation de la loi des Douze Tables, en 303 et 304;

La seconde, de la loi des Douze Tables à la divulgation des archives pontificales, vers l'an de Rome 450 ;

La troisième, de la divulgation des archives pontificales aux premiers essais d'élaboration scientifique du droit.

II

LES SOURCES.

L'ancien droit romain se compose, d'une part, de coutumes, d'autre part, d'ordonnances royales, et de lois proposées par le roi ou par l'un des consuls et approuvées par le peuple réuni dans ses comices. Cette distinction correspond à celle du droit non écrit et du droit promulgué (1).

De ces deux éléments, le premier est le plus important; mais c'est celui qu'il est le moins facile de saisir dans ses détails, celui dont les règles peuvent le plus aisément s'altérer en se transmettant d'âge en âge. Il en est autrement du droit promulgué : le législateur, en en renfermant les dispositions dans une formule précise, en a facilité la transmission.

Dans quelle mesure pouvons-nous connaître le droit promulgué et le droit non écrit des premiers siècles de Rome? C'est ce que nous devons tout d'abord rechercher (2).

(1) Ulp., 1 Inst., D., I, 1, 6; Inst., I, 2, 3.

(2) Le mot *sources* comporte deux acceptions distinctes : il désigne soit les modes de formation du droit, soit les documents qui peuvent servir à la connaissance du droit. Dans les ouvrages où l'on étudie le droit romain en distinguant, suivant la méthode de Leibnitz, l'histoire interne et l'histoire externe (ou histoire des sources), on emploie le mot sources dans la première acception. Aujourd'hui, l'exposé de l'histoire externe étant ordinairement fondu avec celui de l'histoire interne, on prend plutôt le mot sources dans la seconde acception. L'étude des sources a par conséquent pour objet de déterminer dans quel état nous sont parvenus les monuments de la législation romaine. Cf. Ch. Giraud, *Éléments de droit romain,* 1835, p. 19.

CHAPITRE PREMIER

Examen critique des fragments qui nous restent du droit promulgué.

Les textes originaux des ordonnances royales et des lois remontant aux six premiers siècles de Rome ne nous sont parvenus qu'en très petit nombre. A mesure que le droit se modifiait, les dispositions primitives tombaient dans l'oubli; le souvenir n'en était guère conservé que par les annalistes, probablement d'après les commentaires des pontifes (1). C'est dans ces écrits qu'ont puisé les grammairiens à la recherche des curiosités de la vieille langue latine, et les jurisconsultes désireux de montrer les progrès accomplis par la législation. Grâce à eux, tout n'a pas été perdu; il nous reste : 1° une série de dispositions désignées sous le nom de lois royales; 2° des fragments assez nombreux des Douze Tables; 3° plusieurs lois ou plébiscites des quatrième, cinquième et sixième siècles.

Nous n'examinerons pas ici les questions qui s'élèvent sur les lois et plébiscites postérieurs aux Douze Tables; nous les étudierons lorsqu'elles se présenteront à nous au cours de ce travail. Aussi bien l'existence de ces lois, mentionnées pour la plupart dans les écrits des jurisconsultes, n'est-elle pas contestée. Ce qui parfois est douteux, c'est la portée ou la date qu'on doit leur assigner.

Il n'en est pas de même des fragments qui nous restent des lois royales et de la loi des Douze Tables. Ces fragments sont-ils bien authentiques? N'ont-ils pas été altérés par les auteurs qui les ont rapportés? Il semble qu'on ne puisse rien affirmer, et qu'au lieu de se placer sur un terrain exclusivement scientifique, on entre directement dans le domaine de l'imagination. Il importe donc, avant tout, d'examiner la valeur des témoignages sur lesquels nous devons nous appuyer.

(1) Les commentaires des pontifes, ainsi que ceux des rois et des magistrats, sont des recueils de règlements. Il ne faut pas les confondre avec les grandes annales où les pontifes consignaient les principaux événements de chaque année, les éclipses, les prodiges, etc. Voy. Schwegler, *Römische Geschichte,* 2e éd., 1884, I, 32; Voigt, *Ueber die leges regiæ,* 1876-1877 (Ber. der Sächs. Ges. der. Wis., phil. histor. Cl.), p. 93; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* 1885, I, 107.

I

LES LOIS ROYALES.

On trouve citées dans les auteurs anciens des lois attribuées à quelques-uns des rois de Rome, particulièrement à Romulus et à Numa (1). Les unes règlent les rapports des parents avec leurs enfants, du patron avec ses clients, du mari avec sa femme. Les autres déterminent les peines applicables à certains crimes, comme le meurtre, l'homicide, la violation du vœu de chasteté de la part des Vestales, le déplacement des bornes d'un champ. D'autres enfin sont des règlements relatifs au culte. L'authenticité de ces lois, leur caractère véritable sont l'objet de vives discussions. Nous ne nous occuperons en ce moment que de leur authenticité. Voici d'abord les renseignements généraux que nous avons sur ces lois.

Denys d'Halicarnasse raconte que Numa rédigea un certain nombre de règles sur le culte et les transmit aux pontifes. Son petit-fils Ancus Marcius donna à ceux-ci l'ordre d'extraire des commentaires de Numa toutes les prescriptions relatives au culte public, et de les consigner sur des tables de bois blanc pour les mettre sous les yeux des citoyens. Ces tables, que le temps avait détruites, furent renouvelées après l'expulsion des rois par le grand pontife C. Papirius; elles périrent dans l'incendie de Rome en 365. Tite-Live dit qu'après l'incendie du Capitole, les magistrats firent rechercher les traités et les lois qui subsistaient encore. Ces lois étaient les Douze Tables et certaines lois royales. Les unes, ajoute l'historien, furent rendues publiques, les autres, celles qui avaient trait au culte, furent tenues secrètes par les pontifes (2).

Comment le souvenir en est-il parvenu jusqu'à nous? Les auteurs anciens citent les lois royales, les uns d'après les commentaires des consuls (3), les autres d'après ceux des pontifes, quelques-uns d'après un ouvrage de Papirius désigné sous le

(1) Les textes sont rapportés dans Bruns, 1 à 14; Ch. Giraud, 1 à 4; F. Girard, 5 à 8.

(2) Denys, II, 73; III, 36. Liv., VI, 1.

(3) C. Licinius Macer, cité par Denys, II, 25, 27; III, 22; Macrobe, Sat., I, 13, 20; Varr., R. R., II, 5, 4; Claude, ap. Tac., Ann. XII, 8.

nom de *Jus Papirianum,* la plupart d'après Granius Flaccus (1).

Par qui et à quelle époque ce recueil fut-il rédigé? S'il fallait en croire Pomponius (2), il serait l'œuvre de Sextus Papirius, contemporain de Tarquin le Superbe et l'un des principaux personnages de ce temps. Ailleurs, Pomponius lui donne le prénom de Publius et dit qu'il était expérimenté entre tous, sans doute en matière de droit. Il est difficile d'admettre ce témoignage, qui est contredit par celui de Denys d'Halicarnasse. Ce n'est pas sous le règne de Tarquin le Superbe qu'on a pu songer à faire un recueil de ce genre, dont l'utilité se comprend très bien au contraire après la chute de la royauté. En chassant les rois, les Romains n'entendaient pas négliger le culte des dieux protecteurs de la cité. Les pontifes durent soigneusement recueillir toutes les prescriptions, consacrées par les rois, dont le souvenir était cher au peuple. On sait, en effet, que Papirius les fit graver sur des tables qu'on plaça sous les yeux du public. Ce Papirius est-il également l'auteur du *Jus Papirianum* (3), ou a-t-on donné son nom au recueil composé par un de ses successeurs? Nous l'ignorons. Ce qui est certain, c'est que ce recueil a été commenté par C. Granius Flaccus, contemporain de Jules César.

Ainsi, nous ne connaissons les lois royales que par des travaux de seconde main dont les auteurs vivaient plusieurs siècles après la promulgation de ces lois. Quel crédit devons-nous leur accorder? Quelle confiance mérite notre source principale, le commentaire de Granius Flaccus (4)?

L'ouvrage de Flaccus est un des nombreux travaux que provoqua, du milieu du septième à la fin du huitième siècle, l'étude

(1) Denys, III, 36; Granius Flaccus, et d'après lui Verrius Flaccus et Festus. Servius in Ecl. IV, 43; Georg., III, 387. Paul, 10 ad leg. Jul. et Pap., D., L, 16, 144. Cf. Voigt, *Ueber die leges regiæ,* p. 246.

(2) Enchir., D., I, 2, 2, 1, 2 et 36.

(3) On a parfois identifié le *jus Papirianum* avec les *leges regiæ.* Voigt, leges regiæ, 120, pense que ce recueil ne contenait pas simplement les lois royales, mais aussi des règles relatives soit aux affaires soumises à la surveillance des pontifes, soit au *jus civile* et aux actions de la loi; les lois royales formaient le sixième livre de ce recueil. Contra, Krueger, *Geschichte,* 6; Jörs, *Röm. Rw.,* 61.

(4) Dans la première moitié de ce siècle, alors que, sous l'influence de Niebuhr, l'histoire primitive de Rome était traitée de légende, on a nié l'existence des lois royales aussi bien que celle des rois. Cf. Dirksen, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts,* 1823, p. 234. Cette opinion compte aujourd'hui encore quelques partisans. Mais on admet plus généralement l'existence de ces lois depuis le travail de Voigt, *Ueber die* leges regiæ. Voy. Kuntze, I, 42; Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältniss zu verwandten Rechten,* 1882, p. 11; Ferrini, *Storia delle fonti del diritto romano,* 1885, p. 3; Carle, *le Origini del diritto romano,* 1888, p. 310-324; Padeletti-Cogliolo, *Storia del diritto romano,* 2e édit., 1886, p. 100; Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts,* 1889, p. 89.

des antiquités nationales. C'est au moment où le scepticisme commençait à envahir certaines classes de la société, où, sous l'influence de la Grèce, la foi naïve des premiers temps tendait à s'affaiblir, qu'on vit se produire un mouvement des plus actifs pour recueillir les vieilles traditions et en perpétuer la mémoire. Ce serait une erreur de penser que l'esprit critique faisait défaut à cette époque. Lorsqu'en 572 un scribe prétendit avoir découvert dans son champ les livres de Numa sur le droit pontifical, on ne manqua pas de remarquer que les manuscrits étaient non seulement intacts, mais d'apparence moderne, et le préteur, après un examen sommaire, reconnut qu'ils contenaient des règles tendant à détruire la religion nationale (1). Il est donc permis de croire que Granius Flaccus, qui avait à sa disposition les archives des pontifes et des consuls, a pu connaître les dispositions des lois royales. Nous n'irons pas sans doute jusqu'à affirmer qu'il n'a commis aucune erreur, par exemple que les lois attribuées à tel ou tel roi sont bien de lui : nous n'avons aucun moyen de contrôler ces assertions. Nous voulons dire seulement qu'il y a de fortes présomptions en faveur de l'authenticité des lois royales.

C'est d'abord le caractère archaïque de leurs dispositions. Les lois royales portent en elles-mêmes la preuve de leur haute antiquité; on est d'accord pour y voir de très anciennes règles conservées dans les archives des pontifes (2). Elles dénotent une époque où le droit était considéré comme un précepte divin. La sanction la plus ordinaire (*capitis exsecratio*) consiste en une sorte d'excommunication; le contrevenant est exclu de toute participation au culte et voué à la vengeance du dieu qu'il a outragé.

Plusieurs de ces lois ont été modifiées ou abrogées par les Douze Tables : telle est la loi qui régit les rapports du patron avec ses clients; telles sont encore les lois sur l'exposition et le meurtre des enfants âgés de moins de trois ans, sur le meurtre d'un citoyen (3).

Certaines dispositions impliquent l'existence d'usages différents de ceux qui étaient en vigueur au temps des Douze Tables, par exemple l'usage d'inhumer les corps au lieu de les brûler (4).

Ce qui prouve mieux encore l'authenticité des lois royales, c'est l'application qu'elles ont reçue sous la République et même sous l'Empire. Pline et Valère Maxime mentionnent une condamnation

(1) Liv., XL, 29.

(2) Mommsen, II, 41; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte,* I, 106; Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*, 1888, p. 7.

(3) Voigt, op. cit., 256. Voy. cep. Krueger, 7.

(4) Marcellus, 28, Dig., D., XI, 8, 2. La *gens* Cornelia conserva jusqu'à Sylla l'usage de l'inhumation. (Pline, *H. n.*, VII, 54.)

prononcée dans la seconde moitié du sixième siècle, en vertu de la loi qui punit le meurtre d'un bœuf. Cette loi ne peut être qu'une loi royale (1). Que le meurtre des animaux de labour soit aussi sévèrement puni que celui d'un citoyen, cela se conçoit seulement à une époque de transition du régime pastoral au régime agricole : il est alors nécessaire de rappeler, par une pénalité rigoureuse, l'importance qu'il y a à conserver ces animaux. — Sylla invoqua un jour dans une assemblée du peuple une loi (τάξις) de Servius Tullius (2). Cicéron, défendant C. Rabirius, accusé de haute trahison (*perduellio*), reproche à l'accusateur d'aller chercher des supplices et des traitements atroces dans la poussière des annales et dans les commentaires des rois (3). L'an 48 de notre ère, L. Silanus étant accusé d'inceste, Claude ordonna que les pontifes feraient des sacrifices et des expiations dans le bois de Diane, conformément aux lois de Tullus (4). Enfin, la règle relative aux Vestales fut plusieurs fois appliquée sous l'Empire (5).

II

LES DOUZE TABLES.

Si l'on a pu mettre en question l'existence des lois royales, qui renferment tant de règles contraires à nos usages, on n'en a jamais fait autant pour les Douze Tables. Les témoignages abondent pour attester l'œuvre accomplie par les décemvirs au commencement du quatrième siècle de Rome. Comment et dans quel état est-elle parvenue jusqu'à nous (6)? Les renseignements que nous possédons sur les Douze Tables dérivent de deux sources principales : les ouvrages des jurisconsultes, les écrits des grammairiens.

Il nous reste peu de chose des travaux composés par certains jurisconsultes sur les Douze Tables. Grâce à Cicéron (7), nous

(1) Pline, *H. n.*, VIII, 45; Val. Max., VIII, 1, damn. 8.
(2) Appien, Bell. civ., I, 59.
(3) Cic., p. Rabir., 5.
(4) Tac., Ann., XII, 8.
(5) En 82 et en 89, par Domitien (Plin., IV, 11); en 215, par Caracalla (Dion Cassius, LXXVII, 16); en 384 (Symmaque, Ep. IX, 128-129).
(6) Cf. Dirksen, *übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente,* 1824, p. 5 et suiv.; Schöll, *Legis XII tabularum reliquiæ,* 1866; Voigt, *Die XII Tafeln,* I, 64.
(7) Cic., De leg., II, 23.

connaissons les noms de deux anciens interprètes de cette loi : le jurisconsulte Sext. Ælius Paetus Catus, consul en 556, et L. Acilius Sapiens, qui paraît avoir vécu vers la fin du sixième siècle (1). Parmi les contemporains de Cicéron, on trouve souvent mentionnés à propos des Douze Tables, Q. Mucius Scævola, consul, en 659, et Servius Sulpicius Rufus, consul en 703. Sous l'Empire, Labéon et Gaius écrivirent l'un et l'autre un commentaire de la loi décemvirale. Plusieurs fragments de l'ouvrage de Gaius ont été insérés au Digeste (2). Les indications qu'ils fournissent sont heureusement complétées par bon nombre de textes d'autres jurisconsultes, qui ont eu fréquemment l'occasion d'invoquer les dispositions des Douze Tables.

A côté de cette source d'informations, il en est une autre non moins précieuse. De bonne heure il s'est trouvé à Rome des grammairiens et des philologues qui, en vue de perpétuer le souvenir de l'ancienne langue latine, ont recueilli soigneusement tout ce qui subsistait de l'un de ses monuments les plus importants. Nous citerons : L. Ælius Stilo, qui vivait au commencement du septième siècle de Rome; Valerius Messala, qui rédigea une explication (*explanatio*) de la loi (3) ; Varron, Aulu-Gelle, Macrobe. Les recueils encyclopédiques d'antiquités, comme ceux d'Ælius Gallus, de Verrius Flaccus, les glossaires latins ou gréco-latins renferment l'explication de beaucoup de termes empruntés aux Douze Tables. Grâce à eux, nous avons sur bien des points le texte original (4).

Les renseignements que nous devons aux jurisconsultes et aux grammairiens sont loin d'être complets. Un certain nombre de dispositions sont entièrement perdues, ou il n'en reste que des mots isolés; le plus souvent nous n'avons qu'une paraphrase. Sommes-nous certains que grammairiens et jurisconsultes ont fidèlement rapporté les termes ou tout au moins le sens des dispositions qu'ils nous ont transmises ? Il y a tout lieu de croire que les chances d'erreur ont été ici très réduites : les Douze Tables furent pendant longtemps exposées sous les yeux du public ; elles étaient gravées sur des tables de bois de

(1) Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 38.
(2) Ces fragments sont réunis dans Lenel, *Palingenesia juris civilis*, 1888, I, 242.
(3) D'après Schöll, op. cit., 35, les extraits de Messala, rapportés par Festus, v[is] *Pecunia, Sanates, Tuguria,* auraient été empruntés à l'*explanatio auguriorum* de l'augure M. Messala ; Festus se serait trompé en lui donnant le nom de Valerius. L'opinion de Schöll a été réfutée par Voigt, I, 67, n. 19. Voy. cep. Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 11, n. 18.
(4) Voy. notamment les *Glossæ Vaticanæ* de Maï, classici auctor., VI, 501; VII, 550.

chêne (1) et fixées dans l'*atrium libertatis*, près du Forum (2). Tite-Live, dans un passage déjà cité à propos des lois royales, dit qu'après la prise de Rome et la retraite des Gaulois en 365, on fit rechercher les traités et les lois qui subsistaient encore, notamment les Douze Tables, et qu'on porta à la connaissance du public celles qui n'avaient pas trait au culte. Il est possible qu'on se soit contenté de rétablir à l'endroit où elles étaient d'abord les Tables que l'on put retrouver (3). Il peut se faire aussi qu'une partie de ces Tables ait péri dans l'incendie de la ville, et que le souvenir n'en ait été conservé que par la tradition orale. Les dispositions qu'elles renfermaient n'étaient pas si nombreuses qu'on ne pût les graver aisément dans la mémoire; elles formaient, dit Cicéron, un petit livre (*libellus*).

De quelque manière qu'on ait reconstitué les Douze Tables, il est hors de doute que la teneur en était parfaitement connue des Romains aux derniers siècles de la République. Suivant un usage assez répandu dans les cités antiques, on faisait apprendre le texte de la loi aux enfants, et cet usage subsista jusqu'au temps de Cicéron : c'était une leçon obligatoire (*carmen necessarium*) (4).

Comment expliquer, cependant, que certaines dispositions soient reproduites d'une manière différente suivant les auteurs? S'ils ont eu le moyen de consulter le texte original, pourquoi ces variantes? On peut les attribuer à deux causes principales :

(1) Porph., in Hor. ad Pis., 396. Dans Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 14, il faut lire *roboreæ* et non *eboreæ*. Pline, *H. n.*, XVI, 43, atteste qu'au temps des décemvirs on ne connaissait pas encore l'art de graver sur ivoire.

(2) Sur la situation de cet *atrium*, où l'on conservait les archives des censeurs, voy. Mommsen, II, 348.

(3) S'il faut en croire saint Cyprien, epit. II, 4 (cf. Salvien, *De gubernat. Dei*, VIII, 5), une reproduction des Douze Tables était exposée sur la place publique de Carthage, l'an 245 de notre ère. On admettra, croyons-nous, difficilement qu'on ait jugé utile de placer sous les yeux du public, en dehors de Rome, le texte d'une loi surannée dont la langue était à peu près inintelligible pour la plupart des Romains. Est-ce à dire qu'il faille récuser le témoignage de saint Cyprien? Nullement : il suffit de l'entendre en ce sens qu'on avait affiché à Carthage certaines dispositions de la loi qui étaient encore en vigueur, et qu'il importait aux habitants de la ville de connaître. C'étaient celles qu'on avait cru pouvoir appliquer aux chrétiens, particulièrement celles qui punissaient l'*incantatio*. Cf. Edouard Cuq, *De la nature des crimes imputés aux chrétiens d'après Tacite*, dans *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, publiés par l'École française de Rome, 1886, t. VI, p. 115.

(4) Cic., De leg., II, 23. Cf. pour les lois de Charondas, Stob. Serm., XLIV, 40. *Carmen* n'implique pas que la loi ait été écrite en vers, bien que Schöll, *Legis XII Tabularum reliquiæ*, p. 4, pense que les Douze Tables étaient rédigées dans le mètre saturnin. (Cf. sur le Senchus Mor, Dareste, *Études d'histoire du droit*, p. 358.) Le mot *carmen* indique simplement une formule comportant des paroles déterminées. Cic., p. Rab. 4, rapporte les *cruciatus carmina* de Tarquin le Superbe; et p. Mur., 12, le *carmen* que le préteur devait prononcer dans une action en revendication.

très souvent, elles consistent dans la substitution d'une expression moderne à un terme antique. Les modifications de ce genre n'ont rien de particulier aux Douze Tables ; on en a fait de même pour d'autres monuments législatifs de l'antiquité; ce fut une conséquence des changements plus ou moins rapides, mais partout sensibles, du langage (1).

A côté de ces variantes par substitution, il en est d'autres qui proviennent de ce que l'auteur, citant incidemment une disposition de la loi, se borne à en transcrire une partie en négligeant celle qui n'a pas d'intérêt pour son sujet : ce sont des variantes par omission. Il est bon d'ailleurs de noter que, anciennement, on ne se piquait pas, comme aujourd'hui, d'une exactitude scrupuleuse : on s'en remettait parfois à sa mémoire (2).

Une modification assez fréquente, mais facile à reconnaître, vient de ce que certaines dispositions sont rapportées sous une forme indirecte, et non sous la forme impérative qu'elles avaient primitivement.

Ces diverses modifications sont, en somme, peu importantes, surtout lorsque les lacunes peuvent être comblées à l'aide d'autres textes. Il n'en est pas de même dans les cas où nous n'avons plus qu'une paraphrase de la loi ou une simple allusion à une règle attribuée aux décemvirs. Il est arrivé plus d'une fois qu'on a rapporté aux Douze Tables un développement dû aux anciens interprètes. On n'a pas toujours pris soin de distinguer les dispositions primitives des additions postérieures ; on les a considérées comme formant un seul tout, qu'on a mis sous le nom des Douze Tables.

CHAPITRE II

Comment on peut reconstituer les plus anciennes coutumes des Romains.

S'il est malaisé de recueillir les fragments des lois promulguées aux premiers siècles de Rome, il semble bien autrement diffi-

(1) Cf. Diod., XII, 35, pour les lois de Diocles; Lysias, contre Nicomaque, pour les lois de Solon; le décret athénien publié par Meier, *Com. epigr.*, 1852, I, n. 2, p. 1; Egger, *Étude historique sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains*, 1866, p. 33.

(2) Gell., XVI, 10; XX, 1.

cile de retrouver des règles qui ne furent jamais enfermées dans une formule précise. Comment reconstituer des coutumes remontant à une époque dont le souvenir ne paraît s'être conservé qu'en des récits légendaires ? En l'absence de documents directs sur le droit primitif d'un peuple, on peut puiser des informations à trois sources différentes, mais de valeur inégale.

I. — C'est un fait bien connu que les institutions qui datent d'une époque lointaine disparaissent rarement tout entières. Presque toujours elles laissent dans le droit postérieur des traces plus ou moins nombreuses. D'autre part, les dispositions introduites par la coutume n'ont pas le caractère artificiel de celles qui sont dues à un législateur : elles sont le résultat de l'état social et se modifient bien plus lentement que les créations arbitraires de la volonté de l'homme. Il y a des habitudes prises, des formes de pensée auxquelles un peuple reste fidèle malgré les changements survenus dans les mœurs et dans la législation. Ces restes d'institutions surannées, produit d'une phase antérieure de la civilisation, forment contraste avec les institutions nouvelles ; ils portent en eux la marque certaine d'un droit plus ancien et fournissent à l'histoire une base solide pour reconstituer dans son ensemble, sinon dans ses détails, une législation disparue.

Si les coutumes primitives de Rome ne nous sont pas parvenues pour la plupart sous leur forme originale, la langue a conservé des mots qui expriment des pensées d'un autre âge ; la force de l'habitude a maintenu des institutions qui ne sont plus en rapport avec les mœurs nouvelles, et qui nous révèlent des traits caractéristiques de l'ancien droit romain.

Ces mots et ces institutions, qui se rapportent aux plus anciennes coutumes des Romains, nous les chercherons dans des documents de diverse nature, et d'abord dans les écrits des jurisconsultes. Ces écrits contiennent de nombreuses allusions au droit antique, surtout ceux des jurisconsultes qui ont commenté le droit établi par les interprètes des Douze Tables (*jus civile*). On en trouve au Digeste des fragments assez importants : ils sont extraits pour la plupart des commentaires sur Sabinus, publiés par Pomponius, Paul et Ulpien (1). Comme tous les fragments réunis dans les compilations de Justinien, ces textes ont pu subir certaines corrections, destinées à les mettre en harmonie avec le droit en vigueur au sixième siècle de notre ère. Cependant il est

(1) Voy. l'index de Lenel, *Palingenesia juris civilis*, II, 1252.

possible, dans bien des cas, de reconnaître l'interpolation et de reconstituer l'original (1).

Cette cause d'erreur n'existe pas pour les ouvrages que nous possédons d'une manière plus ou moins complète dans leur teneur primitive. L'un d'eux, découvert en 1816 dans un manuscrit palimpseste de la bibliothèque du chapitre de Vérone, a pour nous un prix inestimable : ce sont les quatre livres des Institutes d'un jurisconsulte du milieu du second siècle de notre ère, Gaius (2). Nous avons aussi un abrégé de deux ouvrages élémentaires dus à des jurisconsultes du commencement du troisième siècle, les *Règles* d'Ulpien et les *Sentences* de Paul ; puis, deux compilations faites à la fin du quatrième ou au commencement du cinquième siècle : ce sont les fragments du Vatican découverts en 1821 et la *Collatio Mosaicarum et Romanarum legum* publiée par P. Pithou en 1573; enfin, de courts fragments de divers jurisconsultes.

En dehors des écrits des jurisconsultes, il y a bien d'autres documents qui nous apprennent à connaître les coutumes primitives des Romains. En première ligne figurent les monuments épigraphiques. Ce sont les témoins fidèles des époques disparues. Lorsque leur authenticité est dûment constatée, on n'a pas à redouter les nombreuses chances d'erreur que fait courir la transcription d'un manuscrit. Malheureusement, il ne reste qu'un très petit nombre d'inscriptions relatives au droit privé des premiers siècles de Rome : telles sont les très anciennes inscriptions de Préneste; telle est aussi l'inscription de Luceria, de la première moitié du sixième siècle, et celle qui contient le sénatus-consulte relatif à la conjuration des Bacchanales de l'an 568 (3).

Après les monuments épigraphiques, nous placerons les écrits des grammairiens, des antiquaires, des agronomes et des *agrimensores* (4). C'est l'une des principales sources de renseigne-

(1) Cf. Gradenwitz, *Die Interpolationen der Pandekten,* 1887.

(2) Pour Gaius, de même que pour les autres juriconsultes, nous nous contentons ici de cette simple mention. Nous aurons plus tard l'occasion d'apprécier le caractère de leurs travaux en nous occupant du droit classique. On pourra, en attendant, consulter Glasson, *Étude sur Gaius,* 2e éd., 1888. Le manuscrit des Institutes de Gaius, déchiffré pour la première fois par Göschen en 1820, a été revisé par Bluhme en 1821-1822, et surtout par Studemund en 1866-1868, puis en 1878 et 1883. Les éditions françaises où l'on a tenu compte du premier travail de Studemund sont celles de Dubois, 1881, et de Ch. Giraud, 1882. Les résultats de la dernière revision des manuscrits sont donnés dans la *Collectio librorum juris antejustiniani,* éd. Krueger, Mommsen, Studemund, t. I, 1884; Huschke, *Jurisprudentia antejustiniana,* 1886; Cogliolo, *Manuale delle fonti del diritto Romano,* 1885; F. Girard, *Textes de droit romain,* 1890; Mispoulet, *Manuel des textes de droit romain,* 1890.

(3) *C. I.L.*, XIV, 2863, 3115; IX, 782; I, 196.

(4) Cf. Krueger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts,* p. 78 et 254.

ments que nous possédions sur l'ancien droit. L'un des plus importants est le traité *De verborum significatione,* composé sous Auguste et Tibère par le grammairien M. Verrius Flaccus. Verrius s'est inspiré, dans son travail, de l'ouvrage de C. Ælius Gallus *De significatione verborum quæ ad jus civile pertinent* (1). Il ne reste du recueil de Verrius qu'un abrégé dû à un grammairien du second ou du troisième siècle, Sextus-Pompeius Festus, et encore ne nous est-il pas parvenu en entier. L'abrégé de Festus a été abrégé à son tour par un diacre du nom de Paul, contemporain de Charlemagne. Grâce à ces deux abrégés, on a aujourd'hui une partie de l'œuvre de Verrius (2).

Un autre grammairien, qui vivait au milieu du premier siècle de notre ère, Valerius Probus, a composé un petit traité des abréviations usitées en matière de droit, particulièrement dans les monuments législatifs, les actions de la loi, les édits des magistrats et dans quelques actes juridiques, tels que la mancipation, l'institution d'héritier et le legs. Le travail de Valerius Probus, qui faisait vraisemblablement partie d'un ouvrage plus considérable, a pu être reconstitué presque entièrement par le rapprochement de plusieurs manuscrits (3).

La compilation publiée par Nonius Marcellus, grammairien du troisième siècle, sous le titre *De compendiosa doctrina per litteras,* a aussi son importance pour la connaissance de l'ancien droit. Elle reproduit un certain nombre de passages d'auteurs des derniers siècles de la République, particulièrement de Caton et de Varron (4).

On trouve également des indications précieuses dans le commentaire de Virgile publié au quatrième siècle par le grammairien M. Servius Honoratus (5), dans les *Saturnales* composées au cinquième siècle par Macrobe, dans le livre des « origines », compilation faite au septième siècle par Isidore de Séville (6), et

(1) Gaius, 6 ad XII tab., D., XXII, 1, 19 pr., cite l'opinion d'Ælius Gallus, comme celle d'un jurisconsulte.

(2) Les fragments de Festus et de Paul Diacre, relatifs au droit, ont été publiés par Bruns, p. 330-377, avec des notes de Mommsen. Cf. Dirksen, *Die römischrechtlichen Quellen der Grammatiker* Verrius Flaccus *und* Festus Pompeius (Hinterlassene Schriften, 1871, I, 64).

(3) La meilleure édition a été publiée par Mommsen, *Grammatici latini*, rec. Keil, 1864, t. IV, p. 265, et dans la *Collectio librorum juris Antejustiniani*, II, 141.

(4) Voy. l'édition publiée par Quicherat, en 1872.

(5) Cf. sur les scolies d'Horace, Acron et Porphyrio, Dirksen, *Die Scholiasten des Horaz, als Berichterstatter über römischrechtliche Gegenstände* (op. cit., 335).

(6) Cf. Dirksen, *über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts* (op. cit., 85) ; Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter,* 1834, II, 74.

dans le commentaire des Verrines de Cicéron, rédigé par un auteur inconnu que l'on a pris longtemps pour un grammairien du premier siècle, Asconius, et qu'on a pour cette raison appelé pseudo-Asconius (1). Enfin un auteur de la fin du quatrième et du commencement du cinquième siècle, Boëce, dans son commentaire des *Topiques* de Cicéron, a reproduit divers fragments des Institutes de Gaius, de Paul et d'Ulpien, et dans un appendice de son livre sur la géométrie, il a cité un passage de G. Cassius Longinus sur l'alluvion (2).

Parmi les auteurs anciens qui se sont consacrés à l'étude des antiquités romaines, le premier rang appartient sans contestation à Varron (M. Terentius). Né l'an de Rome 638 et mort en 726, il publia un nombre considérable de volumes dont il reste relativement peu de chose : on a de lui quelques livres de son traité *De lingua latina,* son traité *De re rustica* et d'assez nombreux fragments de ses autres ouvrages. Mais ses écrits ont été largement mis à contribution sous l'empire, par les grammairiens et les antiquaires (3), et peut-être même par les jurisconsultes (4). Le plus important des travaux de Varron est un ouvrage en vingt-cinq livres sur les *Antiquitates rerum humanarum et divinarum,* qui, dans sa pensée, devait contribuer à faire revivre les vieilles coutumes nationales. Si Varron ne mérite que des éloges pour le soin avec lequel il a recueilli les moindres détails des antiquités romaines, on ne peut en dire autant de la facilité avec laquelle il rapporte des étymologies fantaisistes et des légendes plus ou moins vraisemblables (5).

Les *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle fournissent d'abondants matériaux pour l'étude de l'ancien droit. On y trouve des extraits d'ouvrages, aujourd'hui perdus, des jurisconsultes de la fin de la République et du premier siècle de l'Empire (6).

Des ouvrages d'une nature toute différente et d'un objet spécial sont ceux des agronomes Caton, Varron, Columelle (7), et des *agrimensores* Julius Frontinus, Hyginus, Siculus Flaccus, Agen-

(1) Les textes relatifs au droit dans Nonius Marcellus, Boëce, Servius, Isidore de Séville et le pseudo-Asconius, ont été réunis par Bruns, p. 389-392, 395-411.

(2) Voy. Dirksen, *Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten übertragen in die Werke des* Boethius (op. cit., 163).

(3) Voy. pour Pline l'Ancien, Dirksen, *Die Quellen der* Historia naturalis *des* Plinius *insbesondere die römisch rechtlichen* (op. cit., 133).

(4) Cf. Sanio, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen vornehmlich an dem Enchiridion des* Pomponius, 1867.

(5) Voy. Boissier, *Étude sur la vie et les ouvrages de Varron,* 1861, p. 148.

(6) Voy. Dirksen, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, in den* Noctes Atticæ *des* A. Gellius (op. cit., 21).

(7) Bruns, 387, ne donne que des extraits de Varron.

nius Urbicus (1). Les uns et les autres contiennent des renseignements, les premiers sur l'exploitation des terres et, par suite, sur les conventions auxquelles elle donnait lieu, les autres sur les contestations relatives au bornage. Parmi ces traités, celui de Caton offre un intérêt capital, à notre avis, pour la connaissance du droit au sixième siècle de Rome, c'est-à-dire à une époque de transition qui a laissé peu de traces dans les écrits des jurisconsultes. Le témoignage de Caton a d'autant plus de valeur qu'il émane d'un contemporain et d'un juriste.

Ce qui assure aux grammairiens et aux auteurs qui ont écrit sur les antiquités de Rome une supériorité marquée au point de vue documentaire, c'est qu'en général ils n'ont pas été influencés par des préoccupations étrangères à l'objet de leurs recherches. Ils ne songent pas à faire servir leur récit au succès d'une thèse, au triomphe d'une cause judiciaire, à la glorification d'un parti politique. Un historien, comme Tite-Live (né en 695 ou 697, mort en 770), demande aux sources les traits qui lui serviront à composer un tableau saisissant d'une époque, à produire un effet dramatique. Peu lui importe que les documents qu'il emploie soient incomplets : c'est une question qu'il ne cherche pas à approfondir, pas plus qu'il ne se préoccupe des contradictions qui résultent forcément de l'usage simultané de sources différentes (2). Il est juste, d'ailleurs, de reconnaître qu'il a eu souvent la main heureuse, et qu'il a pris pour base de son histoire des premiers siècles les annalistes les plus consciencieux (3).

Denys d'Halicarnasse, son contemporain, est un guide moins sûr, bien qu'il ait consacré vingt-deux ans à réunir les matériaux de son histoire (publiée en 747). Denys veut prouver aux Grecs, ses compatriotes, que les Romains ne sont pas des barbares, que leur langue et leurs coutumes sont d'origine grecque. A l'inverse de Tite-Live, il cherche à être complet, et, dans son zèle à ne rien omettre, il néglige de faire un choix et d'écarter les récits des

(1) Lachmann, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, 1848-1852. Bruns, 411-418, en donne des extraits.

(2) Cf. Schwegler, *Römische Geschichte*, I, 103; Taine, *Essai sur Tite-Live*, 4e éd., 1882, p. 64.

(3) Les deux principaux annalistes cités par les écrivains anciens sont Q. Fabius Pictor, qui vivait dans la première moitié du sixième siècle, et L. Cincius Alimentus, qui fut préteur en 545. (Liv., I, 44; II, 40; Denys, I, 6.) Après eux on trouve M. Porcius Cato, auteur d'un livre sur les « Origines », Cassius Hemina, L. Capurnius Piso, consul en 621, et Cn. Gellius, puis Licinius Macer, préteur en 686, Valerius Antias et Claudius Quadrigarius, contemporains de Sylla. (Vell., II, 9, 6.) Tite-Live a surtout fait usage des écrits de Fabius Pictor. Denys a puisé de préférence dans les annalistes plus récents. Sur le degré de confiance que méritent ces divers auteurs, voy. Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, 73; Bernhöft, *Staat und Recht der röm. Königszeit*, p. 4.

auteurs, comme Valerius Antias, dont la partialité est manifeste (1).

Ces réserves n'ont pas pour but de faire considérer comme douteux tous les renseignements que nous devons à Tite-Live et à Denys sur les coutumes des Romains aux premiers siècles, mais d'empêcher qu'on ajoute une foi aveugle à leurs récits sans en avoir contrôlé l'exactitude. Nous en dirons autant pour Cicéron. Les matériaux si abondants que renferment ses ouvrages pour l'étude du droit romain ne doivent pas être acceptés sans examen, surtout lorsqu'ils sont extraits de ses plaidoyers : Cicéron était trop bon avocat pour ignorer l'art de glisser sur les faits qui n'étaient pas favorables à la cause qu'il avait à défendre. Dans ses autres écrits, il rapporte, en général, avec fidélité, les règles du droit ancien et moderne, et son témoignage, s'il n'a pas la valeur de celui d'un jurisconsulte, n'en est pas moins précieux sur bien des points qu'il est seul à nous faire connaître (2).

Valère Maxime et Plutarque fournissent d'utiles contributions à l'étude de l'ancien droit. Le premier a publié, vers la fin du règne de Tibère, un recueil d'anecdotes empruntées à Cicéron, Salluste, Tite-Live et Trogue-Pompée (3). Le second a composé ses biographies des rois de Rome et ses « questions romaines » en remontant aux sources; mais il n'a pas toujours su se garder de travestir les coutumes qu'il avait à décrire, lorsque cela pouvait servir à produire l'effet qu'il en attendait (4).

De tous les poètes, Plaute est celui dont les écrits renferment le plus de termes juridiques. Mais comme il a, en général, emprunté aux Grecs le sujet de ses comédies, nous ne pouvons pas affirmer qu'il n'en ait pas fait autant pour certains détails. Si l'on n'était pas tenu à cette réserve, on pourrait, avec Plaute, reconstituer, en grande partie, le droit du sixième siècle (5).

(1) Cf. Schwegler, *Römische Geschichte,* I, 97-115; Mommsen, *Römische Forschungen,* 1864-1879.

(2) Parmi les ouvrages de Cicéron, le *De legibus* offre un intérêt particulier : il contient un spécimen du mode de rédaction des lois antiques, nous voulons dire des lois inspirées par les dieux. Cicéron a reproduit bon nombre de dispositions du droit théocratique en y joignant, de son propre aveu, quelques règles nouvelles.

(3) Dirksen, *Die historische Beispiel-Sammlung des* Valerius Maximus *und die beiden Auszüge derselben* (op. cit., 109).

(4) On en trouve plusieurs exemples dans Dirksen, *Ueber die durch griechische und lateinische Rhetoren angewendete, Methode der Auswahl und Benutzung von Beispielen römisch-rechtlichen Inhalts,* et *Ueber einige von Plutarch und Suidas berichtete Rechtsfälle aus den Bereiche der römischen Geschichte* (op. cit., 263, 328).

(5) Voy. en sens divers Bekker, *De emptione venditione quæ Plauti fabulis fuisse probatur,* 1853; *Die Aktionen,* 1871, I, 296; Demelius, Z. f. R. G., 1861, I, 361; Voigt, *Ueber die* condictiones ob causam, 1862, p. 249; Bechmann, *Geschichte des Kaufs im röm. Recht,* 1876, I, 505.

II. — Indépendamment de cette source d'informations la plus importante et la plus sûre, il en est une autre qu'on ne saurait négliger : c'est l'étude comparée du droit des peuples appartenant à un même groupe ethnique. Des observations répétées ont permis de constater que le droit primitif des Romains a traversé, à certains égards, des phases analogues à celles qu'on remarque chez d'autres peuples de la race aryenne. On peut donc combler les lacunes qui existent dans les documents relatifs au droit romain, à l'aide de ceux que l'on possède sur le droit de ces peuples. Sans doute, les données fournies par le droit comparé ne peuvent être considérées comme absolument décisives ; elles n'en présentent pas moins en général un caractère suffisant de certitude, ou tout au moins de grande vraisemblance (1).

III. — A défaut des deux précédentes sources d'investigations, on a parfois recours à l'ethnographie. L'ethnographie apprend à connaître certains peuples, qui, aujourd'hui encore, sont dans un état de civilisation peu avancé. Les mœurs et coutumes de ces peuples ne sont peut-être pas sans analogie avec celles des premiers habitants de Rome. Nous croyons cependant qu'on doit procéder ici avec une grande circonspection. Les termes de comparaison fournis par l'ethnographie ne sont pas toujours absolument sûrs. Tous les voyageurs ne sont pas également en état de comprendre les nuances délicates des rapports de droit ; beaucoup se contentent d'un examen superficiel ; les analogies qu'ils constatent peuvent être fortuites. Malgré ces réserves, qui sont de nature à s'atténuer à mesure que les observations se multiplient et sont faites avec plus de soin, l'ethnographie peut fournir des indications qu'on chercherait vainement ailleurs sur l'état des premiers habitants de Rome (2).

(1) Bernhöft, *Staat u. Recht*, 21 ; Leist, *Græco-italische Rechtsgeschichte,* 1884. Cf. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, 1889.

(2) On consultera avec profit la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* publiée depuis 1878 à Stuttgart, par les professeurs Fr. Bernhöft, G. Cohn et Kohler ; et les ouvrages d'Hermann Post, particulièrement *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz,* 1886 ; *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis,* 1880-1881.

LIVRE PREMIER

DE LA FONDATION DE ROME A LA LOI DES DOUZE TABLES

Le droit romain a exercé une action si marquée sur la formation du droit moderne, il a pénétré si profondément dans notre pensée juridique (1), qu'on est porté à se demander s'il a été créé de toutes pièces par les Romains, ou s'il repose sur un fonds commun de préceptes appartenant à la race aryenne. La première hypothèse doit être écartée. Les peuplades qui ont fondé la ville aux Sept Monts ont certainement apporté dans la cité nouvelle leurs coutumes, comme elles y ont introduit leurs croyances et leurs cultes. Plus d'une fois nous aurons à signaler l'analogie qui existe entre les coutumes romaines et les coutumes italiques, particulièrement celles des Latins.

Si les Romains ont puisé dans le fonds commun des coutumes des peuples gréco-italiques, peut-on faire le départ de ce qui leur appartient en propre et de ce qu'ils ont emprunté aux autres peuples? Dans l'état actuel de nos connaissances, bien des données manquent pour résoudre ce problème. L'histoire du droit des peuples de race aryenne en dehors des Romains renferme des lacunes. A part l'ancien droit grec (2), sur lequel la découverte de la loi de Gortyne jette une vive lumière, le droit hindou, sur lequel on a des renseignements assez abondants (3), et le droit germanique, que savons-nous du droit des Iraniens, des Celtes ou des Slaves (4)? Nous ne sommes guère mieux édifiés sur le droit des peuples de race sémitique ou khamitique (5).

(1) Voy. Ihering, I, 14, et dans les *Études sur l'histoire du droit* de S. Maine, le chapitre intitulé : « Le droit romain et l'éducation juridique », p. 363.

(2) Voy. sur le droit grec les *Études* de Caillemer, particulièrement *Le droit de succession légitime à Athènes*, 1879.

(3) Voyez S. Maine, op. cit., 41, et les recueils de textes cités par Dareste, op. cit., 69.

(4) Cf. sur l'ancien droit des Perses, sur l'ancien droit slave et sur le droit celtique, Dareste, op. cit., 101, 188, 358.

(5) Cf. sur le droit égyptien, Révillout, *Le droit des personnes*, 1884; *Les obligations*, 1886.

Nous devons dès lors nous borner à rapprocher les coutumes des Romains de celles des peuples de race aryenne que nous connaissons le mieux. Ce rapprochement ne permet pas de douter que le droit romain ne contienne des éléments d'origine aryenne (1). Mais comme les Romains sont les seuls qui aient porté le droit à un haut degré de perfection, il faut reconnaître que la part qui leur revient dans l'élaboration du droit est considérable, et qu'ils ont su lui imprimer la marque de leur personnalité.

CHAPITRE PREMIER

La notion du droit et ses rapports avec l'état social.

I

NOTION PRIMITIVE DU DROIT CHEZ LES PEUPLES DE RACE ARYENNE.

Chez tous les peuples, le droit est une règle des actions humaines destinée à maintenir l'ordre entre les hommes vivant en société. Mais cette règle, qui a qualité pour l'établir et quelle en est la sanction? Il règne sur ces deux points une assez grande diversité. Ici, le droit est considéré comme une œuvre humaine; là, comme un précepte divin; ailleurs, c'est un sentiment confus, une sorte d'instinct. Tantôt il a pour sanction la crainte de la colère des dieux ou du pouvoir surnaturel d'un fétiche, tantôt c'est l'État lui-même qui veille par ses représentants à l'observation des règles qu'il a établies. Il n'y a pas moins de variété dans la direction à imprimer aux actions humaines : ici, prévaut la doctrine de l'intérêt ; là, c'est la force qui tient lieu de droit ; ailleurs on essaye de réaliser l'idée de justice, ou d'assurer l'observation des lois de la nature qui produit et conserve le monde.

Ces divergences ne doivent pas nous étonner. Persuader aux hommes qu'ils doivent se résigner à suivre dans leurs actes une certaine direction, est une tâche délicate pour un législateur humain. Il ne peut y réussir qu'en tenant compte de leur

(1) Leist, *Altarisches* jus gentium, 1889, p. 552.

état moral et intellectuel, de la tendance générale de leur esprit. Cette tendance peut elle-même varier pour un peuple déterminé, suivant le degré de civilisation auquel il est arrivé.

L'histoire des Romains offre un exemple remarquable du changement qui peut se produire dans la façon de concevoir le droit. Tandis qu'au début le droit des Quirites n'a d'autre objet que de protéger la propriété des membres des curies, au troisième siècle de notre ère, une idée bien plus large, l'idée de justice, inspire la législation. Au frontispice des Institutes, on trouve inscrite cette belle définition de la justice : « La justice est la volonté ferme et permanente d'attribuer à chacun son droit. » La justice, pour les Romains de cette époque, est dans un rapport étroit avec la volonté et la liberté; elle consiste à discerner et à déterminer ce qui est à chacun, et à persévérer dans la résolution une fois prise de respecter le droit d'autrui. Le fondement du droit n'est plus, comme autrefois, l'intérêt des membres de la cité; c'est un principe moral, la liberté. L'homme a le sentiment de sa liberté : ce sentiment lui dicte le respect de la liberté d'autrui (1).

Nous aurons à rechercher plus tard comment l'idée du droit s'est dégagée, dans l'esprit des Romains, des considérations utilitaires, pour être portée à la hauteur où nous la trouvons dans les écrits des jurisconsultes classiques. En ce moment, nous nous placerons exclusivement au double point de vue des modes de formation et de la sanction du droit.

On peut dire que la notion du droit chez un peuple est dans un rapport étroit avec son état social. La notion moderne du droit suppose le groupement d'un certain nombre d'individus sous une autorité commune chargée de maintenir l'ordre entre eux; elle implique l'existence de l'État. Mais la notion de l'État apparaît seulement dans une organisation sociale déjà avancée. Chez les peuples qui ne sont pas arrivés à ce degré de civilisation, la notion du droit est unie à celle de la divinité. Tel était le caractère du droit chez les Grecs au temps d'Homère : c'était un précepte divin, mais, au lieu d'être directement révélé comme chez les Hébreux, il était plutôt suggéré par les dieux à certaines personnes, telles que les rois.

Le droit se composait, soit de règles relatives au culte, soit de décisions rendues par les rois en qualité d'arbitres. C'est à l'occasion des différends qui leur étaient soumis que les rois faisaient connaître de quel côté se trouvait le droit. Le mot grec δίκη prouve

(1) Fouillée, *L'idée moderne du droit*, 1878; Ch. Giraud, *De l'idée du droit*. (Acad. d. Sc. mor. et polit., Cp^tes R. 1879, t. CXII, p. 676.)

que leur rôle se bornait à montrer le droit (1). Le mot latin *dicere* a le même sens dans l'expression *jus dicere*. Les avis ou sentences ainsi rendues s'appelaient θέμιστες (2). L'emploi du mot Thémis, qui servit plus tard à désigner la déesse de la justice, est significatif : la sentence prononcée par le roi était inspirée par la divinité (3).

Dans l'état social décrit par Homère, il n'y a ni règles obligatoires au sens moderne, ni juges proprement dits : il n'y a que des arbitres choisis par les parties, ordinairement parmi les anciens de la tribu, — tels sont les vieillards dont il est question dans la scène représentée sur le bouclier d'Achille (4), — et des coutumes résultant de la jurisprudence constante des rois. Ces coutumes étaient sanctionnées par les soins d'Erynnis, la déesse au cœur impitoyable (5), qui veillait au maintien des lois de la famille et des rapports sociaux. Cette conception du droit n'était pas particulière aux Grecs : elle existait chez les Hindous sous le nom de *dharma;* nous la retrouverons à Rome sous le nom de *fas*.

II

SÉPARATION DU DROIT ET DE LA RELIGION.

Tandis que les Hindous sont restés fidèles à la notion primitive du droit, les Aryens, établis en Grèce et en Italie, l'ont à peu près abandonnée. A côté des règles inspirées par les dieux, ils ont admis des règles d'origine purement humaine. Comment s'est opérée la transformation, et à quelle cause faut-il attribuer cette séparation du droit et de la religion? C'est une conséquence de la formation des cités (6). Pendant longtemps toutes les personnes, unies par les liens du sang, vivaient ensemble dans des espèces de village (κώμαι, *pagi*). Les habitants de plusieurs villages formaient entre eux une association appelée « phratrie » par les Grecs, « curie » par les peuples italiques.

(1) Δίκη de δείκνυμι. Hésiode, op. 41, 217, 219, 248; Théog., 85. Cf. Bréal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*, 2e éd., 1886, p. 64; Bréal, *Sur l'origine des mots désignant le droit et la loi en latin*. (*Nouv. Revue historique de droit*, 1883, p. 603.)

(2) Homère, Iliade, XX, 402; Hésiode, op. 9, 10, 219.

(3) Jules Girard, *Le sentiment religieux en Grèce*, 1867, p. 69.

(4) Iliade, XVIII, 497.

(5) Homère, Iliade, IX, 512.

(6) Cf. Leist, *græco-italische Rechtsgeschichte*, 480.

Cette association avait une organisation militaire : elle était placée sous l'autorité d'un chef, chargé de veiller aux intérêts communs des membres de la curie. Parfois aussi plusieurs curies se réunissaient pour former une tribu placée sous l'autorité d'un roi.

Pour se défendre plus aisément contre un ennemi commun, les habitants des villages se ménageaient des points de rassemblement plus grands et plus sûrs : c'étaient les bourgs (*arces*), placés sur des hauteurs et fortifiés, où l'on se réfugiait en cas de guerre. En Grèce et en Italie, ces bourgs ont grandi peu à peu et sont devenus des cités. Chaque cité comprend un nombre plus ou moins grand de villages, disséminés sur un territoire plus ou moins étendu; elle forme un district et constitue à elle seule un petit État. Les guerres incessantes qui avaient lieu à cette époque poussèrent les populations grecques et italiques à former des communautés plus considérables que celles qui résultaient de la réunion de plusieurs tribus. Ces communautés comprenaient une cité dominante, par exemple Athènes dans l'Attique, Albe la Longue dans le Latium; puis, en nombre plus ou moins grand, d'autres cités, enfin une population dépendante ou soumise. Les petits États, qui se plaçaient sous l'hégémonie de l'un d'entre eux, formaient à certains égards un grand État.

En se groupant pour la défense contre les ennemis du dehors, les habitants des villages qui composaient la cité sacrifiaient dans une certaine mesure leur indépendance personnelle. Ils consentaient à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le salut commun. Ces mesures ne consistaient pas seulement à contribuer aux charges de la guerre, mais aussi à éviter les causes d'affaiblissement qui pouvaient se produire dans l'intérieur de la cité. Il était urgent d'empêcher les conflits de naître ou de se perpétuer entre les familles. On fut ainsi amené à établir d'un commun accord certaines règles, que chacun s'engageait à observer pour maintenir l'ordre social. Celui qui ne voulait pas y consentir n'avait qu'un parti à prendre : s'exiler et par là même renoncer à la protection de la cité. Il y a encore un souvenir de cette conception de la loi dans le mot grec qui désigne les lois de Lycurgue (ce sont des conventions verbales, ῥῆτραι), et surtout dans la disposition qui prescrivait à tout citoyen de venir chaque mois prêter serment d'obéir à la loi (1). Il en était de même pour les traités internationaux que les citoyens des deux États juraient d'observer.

Depuis la fondation des cités, tout citoyen dut se soumettre, de

(1) Hermann, *Die griechischen Staatsalterthümler*, 23, 7 ; 121, 6.

gré ou de force, aux lois de l'État, sous peine d'y être contraint par la puissance publique. Désormais le droit n'est plus exclusivement un précepte divin ; il repose sur une réglementation humaine, et il a une sanction purement humaine. L'étendue du droit s'apprécie d'après l'étendue de la protection accordée par la puissance publique. Le droit n'existe, à ce point de vue, qu'à la condition d'être sanctionné par l'État.

Ainsi s'est transformée peu à peu la notion du droit ; nous disons transformée, car il ne faudrait pas croire qu'on ne puisse parler de droit là où il n'y a pas de tribunaux. A l'époque primitive le droit existe, mais c'est un droit établi par les dieux ; celui qui le viole est tôt ou tard puni par eux ; qui s'y conforme a le droit de se faire justice à lui-même, et les dieux lui viennent en aide. La puissance coercitive, c'est la crainte des éclairs, des tremblements de terre et des autres fléaux de la nature. Cette conception du droit ne nous est pas aussi étrangère qu'elle le semble au premier abord. Nous parlons tous les jours du droit des gens public, c'est-à-dire de cette branche du droit qui concerne les rapports de nation à nation. Or il est certain qu'il n'y a pas de tribunal chargé d'assurer l'exécution des règles de ce droit. Lorsqu'elles sont violées au préjudice d'une nation, cette nation n'a d'autre ressource que de recourir à la force et de se faire justice à elle-même. Il y a bien une tendance à établir pour les États une sorte de tribunal et de puissance exécutive : mais ce n'est qu'une tendance, ce n'est pas une règle acceptée par tous les peuples.

Nous venons de montrer quelle fut la notion de droit, chez les peuples de race aryenne, avant et depuis la formation des cités. Y a-t-il dans l'histoire de Rome une période où le droit a été exclusivement un précepte divin? Ou bien trouve-t-on, dès l'origine, la trace d'un droit établi par les hommes? Il faut, pour résoudre ce problème, rechercher si Rome a eu, dès le temps de sa fondation, le caractère d'une cité.

III

L'ÉTAT SOCIAL A ROME A L'ÉPOQUE ROYALE.

A. — LE CORPS SOCIAL.

S'il fallait en croire la légende, Rome aurait été fondée par un ramas de chasseurs, de pâtres, d'aventuriers, n'ayant ni lois ni

religion, et qui n'étaient tenus en respect que par la crainte de leur chef. Romulus imposa des lois à la cité. Il fournit à ses compagnons le moyen de se créer une famille, en s'unissant à eux pour ravir les filles des Sabins invités à des jeux publics. Son successeur Numa donna à Rome les institutions religieuses; Tullus Hostilius d'après Cicéron, Ancus Marcius suivant Tite-Live, emprunta aux Èques le droit international et créa le collège des fétiaux.

L'invraisemblance de cette légende a été dès longtemps démontrée. Elle est contraire aux données de l'histoire, d'abord parce qu'elle fait naître la religion après le droit, tandis que le droit à son origine est intimement uni à la religion; puis, parce qu'elle présente les fondateurs de Rome comme revenus à l'état sauvage: ils auraient perdu le souvenir des dieux et des coutumes de la communauté dont ils s'étaient séparés. Tous les faits parvenus à notre connaissance démentent cette hypothèse. Nous allons essayer de le prouver, en montrant que l'organisation sociale de Rome diffère, à plusieurs égards, de celle des sociétés primitives, et révèle une phase de civilisation plus avancée.

§ 1er. — *La cité.*

a. Les trois tribus.

Rome apparaît, dès le début de son histoire, avec l'organisation d'une cité. Les *gentes* qui la composent, au lieu de vivre isolées et indépendantes comme à l'époque patriarcale, sont groupées en curies et obéissent à un roi. Les auteurs anciens ajoutent qu'elles étaient réparties en trois tribus. Ces tribus ne sont pas une simple division politique de la cité, sans quoi cela eût fait double emploi avec la curie; elles formaient chacune, dans le principe, un petit État. La cité romaine est née de la réunion de ces trois petits États.

Les trois tribus avaient-elles une commune origine? La dénomination qu'elles ont reçue semble indiquer qu'elles appartenaient à trois races différentes : la plus importante était d'origine latine (1); elle était composée de colons albains qui, sous la conduite de Romulus, s'étaient établis sur le Palatin et avaient pris le nom de *Ramnes* ou Romains.

La deuxième tribu, celle des *Tities,* était, d'après la tradition, composée de montagnards de la Sabine. Il semble qu'ils étaient déjà fixés sur l'Esquilin avant l'arrivée des colons albains.

(1) Liv., I, 6.

La troisième comprenait les *Luceres*, dont Tite-Live ne peut expliquer la dénomination ni la provenance, mais qui paraissent d'origine étrusque. Campés depuis longtemps sur le Cælius (1), ils s'unirent aux Romains pour repousser l'attaque des Sabins. Si ce n'était pas attacher trop d'importance à une antithèse poétique de Properce, on pourrait penser que ceux qu'il appelle *Luceres coloni*, par opposition aux *Tities Ramnesque viri*, étaient sous la dépendance des Romains, un peu comme les colons du Bas-Empire.

Le peuple romain serait donc un mélange de Latins, de Sabins, d'Étrusques. Cette conclusion a été contestée. Certains auteurs affirment l'unité de race des Romains. Sur quoi, dit-on, s'appuie l'opinion qui identifie les *Tities* et les Sabins? Sur la ressemblance qui existe entre le nom des *Tities* et celui des *Sodales Titii*, qui, d'après Tacite (2), furent institués par le roi sabin Tatius. Il faut avouer que la preuve n'est pas décisive. Cependant l'étude des institutions religieuses de Rome nous conduit à accepter le récit des auteurs anciens (3). Les traces de la distinction primitive des trois éléments, qui ont concouru à la formation de la cité, sont encore reconnaissables. La diversité dans les traditions religieuses n'offrait pas le même inconvénient que dans les institutions juridiques; elle s'y est maintenue longtemps après qu'elle avait été effacée dans le domaine du droit.

Les commencements de Rome furent très modestes. La cité s'est formée par la réunion successive de deux bourgades campées, l'une sur le Palatin, l'autre sur le Cermale. Ces deux bourgades étaient primitivement distinctes : la dualité des cultes et des sacerdoces en est la preuve ; les uns sont particuliers au Palatin, les autres au Cermale. Quant au fait de l'association, il résulte de l'existence d'un culte en l'honneur de Quirinus, dieu des curies, c'est-à-dire des deux paroisses réunies. Rome s'étendit, bientôt après, à une troisième hauteur voisine du Palatin et du Cermale, la Vélia (4). Y avait-il là une troisième bourgade? Cela est probable ; mais les divinités qui lui étaient propres ne furent pas admises parmi les dieux de la cité. Ces trois bourgades bâtirent, suivant l'usage, une citadelle pour servir de lieu de rassemblement et de refuge en cas de guerre. Ce fut la *Roma quadrata*, sorte de carré irrégulier dont les limites (*pomerium*) furent solennellement consacrées. Le pourtour de ces limites se conserva, grâce à la fête des Lupercales.

(1) Varr., L. l., V, 8, 46; Properce, IV, 2, 51; IV, 1, 31.
(2) Tac., Ann., I, 54.
(3) Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, 1886, p. 481.
(4) Varron, L. l., V, 8, 54.

Non loin du Palatin, trois autres bourgades, campées sur les hauteurs de l'Oppius, du Cispius et du Fagutal, s'associèrent à leur tour et bâtirent une citadelle appelée *Carinæ*. Les Romains les désignèrent sous le nom collectif d'*Exquiliæ*, c'est-à-dire habitations en dehors du *pomerium*. Denys, Strabon et Tite-Live s'accordent à dire que Servius annexa à Rome l'Esquilin.

Il est plus difficile de démêler, au milieu des récits contradictoires des auteurs anciens, où était située la bourgade qui, réunie aux précédentes, fit appeler Rome « la ville aux sept monts ». Était-elle dans la Subura ou sur le Cælius ? Dans l'énumération des sept monts figure tantôt l'un, tantôt l'autre ; l'abréviateur de Festus les cite ensemble. Une hypothèse émise par Jordan (1) nous paraît résoudre la question d'une façon plausible : primitivement la région où se trouve le Cælius s'appelait Succusa. Varron dit en effet que le Cælius forme la partie principale de la Subura. Le *pagus Succusanus* était la partie du Cælius où se trouvait la citadelle qui servit plus tard de refuge aux Romains lorsque les habitants de Gabies ravageaient l'Esquilin (2).

D'après le témoignage de Varron, le Cælius était occupé dès l'origine de Rome, par des Étrusques ; leur chef, Cæles Vibenna, prêta main-forte à Romulus pour combattre le roi Tatius. Pourtant, lors de la destruction d'Albe la Longue, le Cælius était si peu habité que, suivant Tite-Live, Tullus Hostilius l'annexa pour permettre à la population grandissante de se développer à l'aise (3). Tite-Live ne faisant pas allusion aux Étrusques, on en a conclu que ce sont les Albains, transportés à Rome après leur défaite, qui formèrent la troisième tribu ; ce seraient les *Luceres*. La conclusion n'est rien moins que certaine. Comment Tite-Live ignorerait-il d'où viennent ces *Luceres*, s'ils n'étaient autres que les Albains déportés par Tullus ? Il nous paraît plus vraisemblable d'admettre que les Albains ont trouvé place sur le Cælius, à côté des Étrusques qui n'en occupaient qu'une partie. La présence des Étrusques à Rome, leurs relations amicales avec les compagnons de Romulus ne sont pas seulement attestées par la légende rapportée par Varron. Des fouilles récentes démontrent que l'influence de l'Étrurie se faisait sentir à Rome dès la fondation de la cité. On a trouvé des restes de l'enceinte primitive : ce sont de grands blocs de tuf, posés alternativement dans le sens de leur longueur et dans celui de leur hauteur ; ces blocs ne sont unis ensemble par aucun ciment et se tiennent par leur propre poids : c'est là

(1) Topographie der Stadt Rom, I, 78.
(2) Cf. Bloch, *Les origines du sénat romain,* 1883, p. 19.
(3) Liv., I, 30.

précisément la façon de bâtir des Étrusques (1). Les institutions religieuses portent également la trace de l'influence étrusque : il suffit de citer l'ordre des haruspices.

Après avoir annexé les hauteurs qui environnent le Palatin, les Romains s'emparèrent de la colline. Elle était habitée par des Sabins, les *Tities ;* c'est là en effet qu'on retrouve plus tard le culte des divinités sabines, Semo Sancus ou Dius Fidius, Salus, Flora. Ce qui donne à penser que les Sabins furent traités en peuple conquis, c'est que le culte latin de Quirinus fut introduit sur la colline et lui donna son nom de Quirinal. Tite-Live attribue à Servius l'annexion du Quirinal et du Viminal (2).

On peut donc admettre que l'État romain a été formé de l'agrégation successive de trois tribus de race différente. Si la fédération de ces trois tribus remonte à Romulus, comme le disent certains historiens, l'incorporation à la cité romaine des Sabins et des Étrusques semble postérieure. Les trois tribus ne furent pas dès le principe sur le pied d'égalité. Les Romains n'accordèrent aux Sabins et aux Étrusques l'égalité de droit politique et religieux que progressivement. Le sénat, par exemple, compta d'abord cent membres ; ce chiffre fut ensuite élevé à deux cents, puis à trois cents.

Si les Romains appartiennent à trois races distinctes, il devrait y avoir une certaine diversité dans les idées et les institutions juridiques de la Rome antique. On ne peut cependant en trouver la moindre trace (3). N'est-ce pas une grave raison de douter de l'hypothèse qui vient d'être développée, et un argument décisif en faveur de ceux qui affirment l'unité de race des premiers habitants de Rome ? Nous ne le croyons pas. Même en supposant que, lors de leur association avec Rome, Sabins et Étrusques aient conservé leurs coutumes comme ils ont conservé leur culte, leurs relations de chaque jour avec les habitants du Palatin durent à la longue atténuer les divergences et préparer la communauté d'idées juridiques. Leur admission progressive à la plénitude des droits politiques et religieux n'eut lieu sans doute qu'à une époque où était faite la cohésion entre les éléments disparates qui composaient la cité, et où la diversité des coutumes était à peu près effacée.

(1) Boissier, *Promenades archéologiques,* 1880, p. 58.
(2) Liv., I, 44.
(3) Muirhead, *Introduction au droit privé de Rome,* trad. Bourcart, 1889, p. 4, a essayé de distinguer les institutions d'origine sabine ou étrusque. Mais ce qu'il attribue aux Sabins ou aux Étrusques forme le patrimoine commun des peuples gréco-italiques, comme l'a démontré Carle, *Le origini del diritto romano,* 304.

b. Les trente curies.

Dans la constitution romaine, la curie est une division de la cité. Le mot *curia* (1) désigne une réunion d'hommes et, par extension, le local où ces hommes ont l'habitude de se réunir. Les membres de la curie portent le nom de « Quirites » . L'objet de la réunion est l'exercice du culte de la communauté. La curie est une division du peuple analogue à ce qu'on appelait au moyen âge une paroisse. Chaque curie a sa chapelle et son prêtre. Les frais du culte sont supportés par les membres de la curie.

La curie paraît correspondre au *pagus ;* le *pagus* est l'unité matérielle, la curie l'unité religieuse et politique. La réunion des *pagi* des sept monts et de la colline a formé l'*ager romanus ;* la réunion des curies a donné naissance à l'État romain (2).

Le nombre des curies a été fixé d'une manière invariable à trente, soit dix par tribu. Cette division artificielle a-t-elle, à une certaine époque, été conforme à la réalité ? On l'ignore. On connait seulement le nom de six des curies primitives (3) ; on sait également que les villages des sept monts avaient un lieu commun de réunion aux « curies anciennes » sur le Palatin, et que plus tard on bâtit des « curies nouvelles » au *compitum Fabricium.* La création d'édifices communs à plusieurs *pagi* n'empêchait pas chacun de ces villages de conserver son culte particulier et sa curie ; le souvenir de la curie des Saliens sur le Palatin s'est perpétué jusqu'au quatrième siècle de notre ère (4).

§ 2. — *Le peuple.*

Dans les cités antiques, le peuple n'est pas, comme de nos jours, une collection d'individus : c'est une fédération de groupes de familles. Le peuple romain a été formé par la réunion d'un certain nombre de *gentes* comprenant chacune des membres actifs, les patriciens, et des membres passifs, les clients.

I. — Chez les Aryens, la *gens* est l'unité sociale primitive.

(1) Le mot *curia* est pour *co-viria.* L'exactitude de cette étymologie est prouvée par le mot volsque *covehria* qui signifie Sénat. Bréal, *Rev. archéol.*, 1876, p. 244.

(2) Cf. Gaddi, *Le communità politiche di Roma antica.* (Arch. giurid., 1887, t. 38, p. 444.)

(3) *Faucia* (Liv., IX, 38), *Foriensis, Rapta, Velitia, Vellensis* (Festus, v° *Novæ Curiæ*), *Titia* (v° *Titiensis*). Cf. Mommsen, III, 94 (104).

(4) C'était un sanctuaire de Mars où l'on conservait le bâton augural (*lituus*) de Romulus. (Cic., de div., I, 17.) Sur le Cermale était le sanctuaire d'Acca Laurentia (*curia Acculeia*), la mère des Lares.

C'est une institution naturelle qui repose sur la parenté (1). Elle comprend l'ensemble des personnes qui se rattachent à un ancêtre commun. Le mot *gens,* comme les mots *gignere* et *genitor,* implique l'idée de procréation.

Quelque soin que l'on prenne de conserver le souvenir du fondateur de la *gens,* il serait difficile, au bout de plusieurs générations, de reconnaître toutes les personnes qui descendent de cet auteur commun, si elles n'avaient un signe qui permît de les distinguer : elles portent toutes le même nom (2). L'identité de nom fait présumer l'identité de *gens*.

Pendant longtemps, on a cru que la *gens* était une création de la loi, une association politique de plusieurs familles étrangères les unes aux autres. Mais il est contraire aux données de l'histoire de faire intervenir le législateur à l'origine des sociétés humaines. Puis, comment aurait-on caractérisé cette association par un mot qui atteste l'origine commune des *gentiles?* Les *gentes,* il est vrai, ont joué un rôle politique ; on n'est pas en droit d'en conclure qu'elles n'ont pas d'autre raison d'être. Il est vrai aussi que la *gens* comprend des personnes qui ne descendent pas de l'auteur commun, par exemple les citoyens qui ont changé de *gens* par une adrogation. Mais c'est là une exception : en règle générale, pour entrer dans la *gens,* il faut être né du mariage légitime d'un membre de cette *gens*.

Chez tous les peuples où l'on trouve la *gens,* elle constitue un groupe à forme patriarcale ; elle est soumise à un chef qui en est à la fois le prêtre et le magistrat. Ce chef était, d'après la loi de Manou, le fils aîné (3). L'existence du droit d'aînesse maintenait l'unité dans la *gens* et empêchait le groupe de se démembrer à chaque génération. Recherchons ce que les auteurs anciens nous apprennent sur la composition des *gentes* à Rome à l'époque historique.

L'existence de *gentes* à Rome dès le temps de sa fondation n'est pas contestable. Ce sont les membres des *gentes* qui formèrent le patriciat. D'après Cicéron et Tite-Live, les patriciens sont les sénateurs (*patres*) et leurs descendants par les mâles

(1) C'est l'opinion généralement admise aujourd'hui. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, liv. III, c. X ; S. MAINE, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 381 ; IHERING, I, 181 ; LEIST, *græco-italische Rechtsgesch.*, 103 ; MOMMSEN, III, 9 ; CARLE, *Le origini del diritto romano,* 37 ; PADELETTI ; COGLIOLO, *Storia del diritto romano,* 18; KARLOWA, *Römische Rechtsgesch.*, I, 33 ; SCHULIN, *Lehrb.*, 181.

(2) CIC., Top., 6.

(3) Le droit d'aînesse n'avait pas, dans les sociétés patriarcales, le sens qu'on lui attribue aujourd'hui : il ne conférait que des privilèges politiques et religieux. Le droit de l'aîné à la propriété des biens patrimoniaux est une conception particulière aux temps féodaux. Cf. S. MAINE, *L'ancien droit*, 220.

(*patricii*). Ailleurs, Tite-Live appelle patriciens tous les ingénus. Il envisage les patriciens à deux points de vue différents (1).

D'après la tradition, Rome comptait à l'origine cent familles, dont les chefs (*patres*) formèrent le sénat de Romulus. Tout sénateur était donc *pater;* tout fils de sénateur, *patricius*. Lorsqu'avec le temps les fondateurs de la ville furent remplacés au sénat par leurs descendants, on généralisa le sens du mot *patricius,* et on l'appliqua, soit aux sénateurs, soit à leurs descendants. Dès lors, tout membre d'une *gens* fut patricien.

Tout patricien était également ingénu, et lui seul était ingénu. Pour ne pas se méprendre sur la portée de cette proposition, il faut donner au mot ingénu son acception étymologique. L'ingénu est celui qui fait partie d'une *gens* et qui est dans la *gens*. Cette dénomination ne convenait primitivement qu'aux fondateurs de la ville et à leurs descendants. Plus tard, on l'étendit à tous les citoyens nés d'un père libre, par opposition aux affranchis. Les patriciens ou ingénus sont donc, suivant le mot de Cicéron (2), les plus anciens bourgeois de Rome.

Deux faits prouvent que le groupement des familles en *gentes* n'est pas arbitraire et préexiste à la formation de l'État : 1° la contiguïté des terres des membres d'une même *gens ;* ils habitent tous le même village ; les seize plus anciennes tribus rurales portent le nom de *gentes* patriciennes (3) ; 2° dans les comices par curies, les chefs de famille sont groupés en *gentes*. Il faut faire partie d'une *gens* pour avoir accès aux comices (4).

On ne trouve pas, à Rome, la moindre trace du droit d'aînesse, et si la *gens* y a conservé plusieurs de ses traits principaux, elle a déjà subi un commencement de dislocation. Elle comprend le plus souvent un nombre plus ou moins grand de familles formant de petits groupes, indépendants les uns des autres à certains égards, et soumis chacun à l'autorité d'un chef particulier. Pourtant, on trouve encore quelques exemples de *gentes* qui semblent former une seule famille : les diverses branches dont elle se compose ne se sont pas séparées, ou bien la séparation s'est faite assez tard.

II. — Nous venons de présenter la *gens* comme un organisme naturel comprenant un ensemble de personnes descendant d'un auteur commun. Cette notion serait insuffisante pour comprendre l'importance des *gentes* et du rôle politique qu'elles ont joué dans l'État. En dehors des *gentiles,* il y a dans la *gens* un nombre plus

(1) Cic., de Rep., II, 12 ; Liv., I, 8 ; X, 8. Voy. sur ces textes Mommsen, III, 14, 837.
(2) Cic., p. Cæc., 35. Cf. Bloch, *Les origines du sénat romain,* p. 197.
(3) Cf. Mommsen, III, 166 (186) ; Voigt, II, 772.
(4) Gell., XV, 27, d'après Lælius Felix. Cf. Mommsen, III, 90 (100).

ou moins considérable de personnes qui s'y rattachent par un lien purement artificiel : ce sont les clients.

Les clients sont, de père en fils, sous la dépendance d'un ou de plusieurs membres de la *gens*. Cette dépendance ne va pas jusqu'à les priver de la liberté : ils sont libres, mais ils ne sont pas citoyens; ils participent à la vie de la *gens*, sans participer en même temps à celle de la cité. Tout ce que les auteurs anciens nous apprennent à ce sujet prouve que les rapports nés de la clientèle étaient réglés par des coutumes remontant à une époque antérieure à la fondation de la cité. L'horizon du client ne dépasse pas les limites de la *gens* à laquelle il se rattache, et dont il porte le nom. Pour lui, la cité n'existe pas; l'État ne s'occupe pas de lui.

La situation du client dans la *gens* n'est pas sans quelque analogie avec celle des patriciens dans la cité. Le patricien doit à l'État l'impôt et le service militaire; le client est tenu envers son patron de charges équivalentes : il doit l'aider à doter ses filles, à payer sa rançon ou celle de ses enfants captifs, à supporter les dépenses occasionnées par l'exercice d'une magistrature ou d'un sacerdoce, à acquitter ses dettes, et particulièrement les amendes prononcées contre lui; enfin, il doit l'accompagner à la guerre (1). Le client porte le nom gentilice de son patron, comme le patricien porte le nom de la cité à laquelle il appartient. Il participe au culte de sa *gens* et supporte sa part des frais du culte, comme le patricien prend part au culte de la cité. Le client doit se marier dans sa *gens*, avec une femme de sa condition; la même règle s'appliquait vraisemblablement au patron. Pour se marier hors de sa *gens*, le client doit obtenir l'approbation de la *gens*, de même que le patricien doit demander le concours des prêtres de la cité et de dix témoins (*confarreatio*). Les clients contribuent à la force de la *gens*, comme les patriciens à la puissance de l'État. La *gens* est aussi intéressée à conserver et à augmenter le nombre de ses clients, que l'État celui des patriciens.

Mais entre les deux situations il y a une différence capitale. L'État n'étant que la réunion des *gentes*, la volonté des patriciens, assemblés dans les comices curiates, a force de loi; la *gens*, au contraire, est tout autre chose que la réunion des clients : elle préexiste à la formation des rapports de clientèle; les clients ne font pas la loi dans la *gens*, ils la reçoivent de leur patron. La clientèle se rapporte à cette phase de la société que caractérise la famille patriarcale; c'est un vestige d'une époque antérieure à

(1) Denys, II, 10; VI, 47; VII, 19; IX, 15.

la formation des cités, et dans laquelle chaque *gens* constituait un État indépendant.

Comment s'est formé le lien qui unit le client au patron et à la *gens* dont il fait partie (1)? A défaut de données précises, il faut se contenter d'une conjecture, en tenant compte du trait qui caractérise la condition du client, c'est-à-dire la dépendance où il est vis-à-vis de son patron. Cette dépendance a son origine probable dans l'esclavage. Le client est un esclave affranchi ou le descendant d'un affranchi. Ce qui confirme cette opinion, c'est l'analogie qui existe, à l'époque ultérieure, entre la condition du client et celle de l'affranchi. Mais cette conjecture ne suffirait pas à expliquer le nombre assez élevé des clients des *gentes* romaines. Pendant longtemps, il n'y eut à Rome que peu d'esclaves. Même en supposant que les affranchissements aient été fréquents, ce qu'on ignore, et en admettant que ces affranchis aient fait souche, la clientèle n'aurait pu prendre, aux premiers siècles, l'importance que signalent tous les auteurs. Son développement rapide est, croyons-nous, le résultat de la conquête.

Dans les cités antiques, lorsqu'un peuple en soumettait un autre à sa puissance, le sort des vaincus pouvait être réglé de trois manières : ils étaient mis à mort, ou réduits en esclavage, ou bien on leur laissait la liberté. De ces trois partis, les Romains ont rarement suivi le premier (2); parfois, en sauvant la vie aux habitants des cités conquises, ils en ont fait des esclaves (3); bien plus souvent, ils leur ont conservé le bienfait de la liberté. Tite-Live donne la raison de cette préférence (4) : les Romains avaient compris qu'ils avaient tout à gagner à traiter les vaincus avec douceur, à atténuer autant que possible l'amertume de la défaite. Les réduire en esclavage, c'était entretenir la haine dans les cœurs; leur conserver la vie et la liberté, c'était le plus sûr moyen de diminuer les regrets de la patrie perdue. D'ailleurs, le chiffre des vaincus devint peu à peu assez élevé pour écarter l'idée de les transformer en esclaves; ils auraient été bientôt plus nombreux que les membres de la cité. Les garder à Rome eût été dangereux, les vendre à l'étranger eût été impolitique. Ces hommes étaient en état d'accroître par leur travail la richesse et

(1) Sur cette question très controversée, voy. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv., III, c. x; Mommsen, III, 54; Voigt, *Ueber die Clientel und Libertinität*, 1878; Lange, *Röm. Alterthümer*, I, 238; Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains*, 1882, I, 21; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 8.

(2) Denys, V, 49.

(3) Ce fut le cas d'Apiolæ, de Corniculum, sous Tarquin l'Ancien. Denys, III, 49, 50; Liv., I, 39.

(4) Liv., XXVI, 49.

la puissance de l'État; il n'aurait pas été sage de se priver de leur concours. Aussi les premiers rois de Rome ont-ils, en général, laissé aux vaincus la liberté, mais en prenant des mesures pour les maintenir sous leur dépendance. D'ordinaire, ils leur donnaient le choix entre deux partis : se transporter à Rome, ou rester dans leur cité sous la surveillance de citoyens romains qu'on y envoyait à titre de colons. Dans les deux cas, les vaincus gardaient la majeure partie de leurs biens; on leur enlevait cependant un tiers de leurs terres pour les attribuer aux colons romains. Ils conservaient aussi leur situation sociale et restaient patriciens ou clients.

La guerre n'était pas sans faire des vides dans les rangs du patriciat. Que devenaient les clients dont les patrons avaient succombé sans laisser d'héritiers? A cette époque, on ne concevait pas la cité autrement que sous la forme d'une réunion de *gentes;* nul étranger ne pouvait fixer sa résidence à Rome, sans se rattacher à l'un de ces groupes; la vie sociale n'existait pour lui qu'à ce prix. La présence d'individus isolés serait devenue facilement une cause de désordres; on le vit bien plus tard par l'exemple de la plèbe. Le client, qui n'avait plus de patron, devait chercher un autre protecteur, demander son admission dans une nouvelle *gens*. De là l'accroissement rapide de la clientèle dans les *gentes* romaines (1).

A mesure que les conquêtes de Rome prirent de l'extension, le

(1) On peut s'en rendre compte en faisant le relevé des conquêtes des Romains avant Servius. Sur les sept cités qui tombèrent en leur pouvoir sous les trois premiers rois, il en est six dont les habitants furent en partie transférés à Rome, en partie laissés chez eux; ce sont Antemnes, Cænina, Crustumerium, Medullia, Cameria, Fidènes. (DENYS, II, 35, 36, 50; LIV., I, 10, 11; PLUT., Rom., 16, 24. Arg. LIV., I, 27.) Denys évalue à trois mille le nombre des habitants de Cænina et d'Antemnes qui, avec femmes et enfants, vinrent s'établir à Rome après la soumission de leur cité. Combien parmi eux avaient la qualité de clients? On l'ignore; mais on peut affirmer qu'ils ne l'étaient pas tous : Denys prend soin de dire que les Antemnates qui vinrent à Rome conservèrent leurs terres dans leur patrie; or les patriciens seuls peuvent être propriétaires. La septième cité soumise aux Romains, Albe la Longue, fut détruite; mais tous ses habitants ne furent pas contraints d'émigrer à Rome, où la place aurait d'ailleurs fait défaut. (LIV., I, 29.) On connaît les noms de plusieurs des *gentes* albaines qui furent admises dans le patriciat romain : les Tullii, les Servilii, les Quinctii, les Gegonii, les Curiatii, les Cloelii (LIV., I, 30), les Julii, les Metelii, les Quinctilii. (DENYS, II, 39.) Cf. WILLEMS, *Le sénat,* I, 11. Un certain nombre s'établirent à Boville, non loin des ruines de la cité. Les monuments épigraphiques permettent de rectifier en ce sens le récit des historiens. (LIV., I, 29; XXVI, 13; DENYS, III, 1.) Des inscriptions du temps de l'Empire appellent les Bovillenses *Albani Longani.* (ORELLI, 119, 2252, 6019.) Une inscription, gravée sur un autel trouvé dans les ruines du théâtre de Boville, porte : *Vedioveipatrei genteiles Juliei,* et sur l'autre face : *Lege Albana dicata*, *C. I. L.*, I, 807. Ancus Marcius tourna ses armes vers le Sud, dans la direction du littoral de la mer : il prit Ficana, Politorium, Tellenæ. (LIV., I, 33; DENYS, III, 38.) Tarquin l'Ancien soumit Collatia, Ficulea vetus, Ameriola, Nomentum.

nombre des clients étrangers privés de leur patron dut augmenter, dans une proportion assez considérable. Les patriciens romains, dont les propriétés territoriales avaient une étendue restreinte, ne pouvaient les accueillir indéfiniment sous leur patronat. Le roi se chargea de leur assurer des moyens d'existence, en leur concédant des terres dépendant de l'*ager publicus* : ils devinrent les clients du roi, en attendant de se transformer en plébéiens.

§ 3. — *Le roi, le sénat, les comices.*

I. — A la tête de la cité se trouve le roi. Le témoignage unanime de l'antiquité ne laisse aucun doute sur ce point. On ne peut en dire autant de l'histoire de la royauté. Les récits des auteurs anciens tiennent ici du merveilleux : la légende y occupe une place trop grande ; il est difficile de démêler la part de vérité qu'elle renferme. On ne connaît exactement ni le nom des rois, ni leur nombre. Remus et Romulus sont-ils deux personnages distincts? Le nom de Romulus est-il un dérivé de Remus? On l'ignore. On n'est pas mieux fixé sur la chronologie. C'est par un calcul bien arbitraire qu'on a placé la fondation de Rome 244 ans avant l'expulsion des rois. Il est fort possible qu'elle remonte à une époque antérieure, car rien ne prouve que nous ayons la liste complète des rois (1). Heureusement la solution de tous ces problèmes n'a qu'un intérêt très secondaire, au point de vue spécial où nous sommes placés. La question importante est de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs du roi, dans quelle mesure les chefs de famille sont soumis à son autorité. La réponse serait relativement facile, si nous savions quelle était, aux yeux des Romains, l'origine du pouvoir royal, sur quel fondement ils le faisaient reposer. Le roi tenait-il son autorité des dieux ou des hommes? La royauté était-elle de droit divin, ou était-ce une délégation de la souveraineté du peuple?

Les renseignements que nous fournissent les auteurs anciens varient suivant qu'ils s'appliquent à Romulus ou à ses successeurs.

(1) Bernhöft, *Staat u. Recht,* 76, 83. La fondation de Rome remonterait, d'après Ennius (Varr., *R. r.* III, 1), à 870 ans au moins avant notre ère, à 728 ans seulement d'après L. Cincius (Denys, I, 74) : ce sont les dates extrêmes. D'après Varron (censorin., de die natali, 21), il faudrait compter 753 ans ; d'après Caton, 752. L'ère de Varron est généralement adoptée; elle ne concorde pas entièrement avec celle des Fastes Capitolins, qui placent l'établissement de la République en 245 de Rome au lieu de 244. Cf. Schwegler, *Römische Geschichte,* I, 408 ; Danz, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts,* 2e éd., 1871, I, 8 ; Lange, *Römische Alterthümer,* 3e éd., 1876, I, 83.

Le premier roi de Rome est représenté comme étant de race divine; il tient son pouvoir des dieux, et ce pouvoir est sans limites (1). Rien de pareil pour ses successeurs. Presque tous sont étrangers à Rome. Les uns sont choisis par le sénat, les autres s'imposent à lui; la plupart demandent au peuple, convoqué dans ses comices, de reconnaître leur *imperium* (2). Il semble bien qu'un changement s'est produit dans la transmission du pouvoir royal : la royauté a cessé d'être héréditaire, elle n'est pourtant pas devenue vraiment élective; elle est restée, dans la forme, théocratique. Le roi reçoit encore, avec le droit d'auspices, la consécration des dieux; mais ce droit lui est conféré par un délégué des *patres* (3), l'interroi. Doit-on croire qu'avant de le nommer et de lui transmettre les auspices, cet interroi ne lui faisait pas connaître la volonté du corps dont il était l'interprète? Cela n'est guère vraisemblable, et la tradition prouve qu'il y avait danger pour les rois à ne pas s'y conformer. Tous ceux qui ont voulu s'affranchir de l'autorité des *patres* sont morts assassinés : Romulus, Tullus, Tarquin l'Ancien, Servius. Un jour vint où, s'apercevant qu'au lieu d'un roi ils s'étaient donné un maître, les *patres* prononcèrent sa déchéance et abolirent la royauté.

Le système de l'interrègne, qui a subsisté sous la République, confirme cette manière de voir. En posant en principe que les auspices appartiennent aux *patres*, que le roi en est simplement dépositaire, sa vie durant, les Romains ont, ce semble, entendu exprimer que le roi n'était que le délégué des *patres*. En apparence, l'autorité du roi venait toujours des dieux; mais les dieux avaient confié aux *patres* le soin de manifester leur volonté. Le droit que s'attribuaient les *patres* leur permettait d'exercer une influence décisive sur le choix du roi. Cette influence ressort tout aussi clairement des débats auxquels donna lieu la nomination de Numa. La prétention élevée par les *patres* d'origine sabine d'avoir un roi de leur tribu prouve que la désignation du roi était le résultat d'une entente préalable entre les *patres* (4).

(1) Tac., Ann., III, 26 : ut libitum imperitaverat. Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 1 : Initio civitatis nostræ..... omnia manu a regibus gubernabantur.

(2) Cic., De Rep., II, 13; I, 7, 18, 20, 21. Cf. Mommsen, I, 588.

(3) Le mot *patres* désigne-t-il ici les patriciens, ou seulement les sénateurs? La question est très discutée; nous l'examinerons au livre III.

(4) Cette observation sert à expliquer le changement qui s'est produit, avec le temps, quant à la transmission du droit d'auspices. Sous la République, il suffisait au magistrat investi de ce droit de nommer (*renuntiare*) le citoyen que le peuple avait élu pour lui succéder. Sous la royauté, il n'y a pas d'exemple d'un pareil usage. On ne voit jamais le roi désigner par avance celui à qui il voudrait transmettre les auspices. Pourquoi le roi ne peut-il pas faire ce qui a été permis plus tard au consul? Si tous deux sont les mandataires du peuple, on n'aperçoit pas la raison de distinguer. Pourquoi aussi l'interrègne, qui est la règle générale au temps des rois, n'eut-il lieu, sous la

En somme, des trois principes qui, aux diverses époques de l'histoire, ont servi de fondement au pouvoir royal, l'hérédité, la consécration religieuse, l'élection, le premier n'est plus qu'un souvenir; on l'invoque comme un titre qui peut faciliter l'arrivée au trône (1), mais il ne suffit pas. Le troisième n'apparaît pas encore avec netteté. Seule la consécration religieuse, résultant de l'acquisition du droit d'auspices, légitime l'autorité royale.

Quelles étaient les fonctions du roi? Les Romains avaient de la royauté une tout autre idée que les peuples modernes. Pour eux, le roi, comme l'indiquent le mot *rex* et ses dérivés *regere, regula*, est celui qui dirige, c'est-à-dire qui met de l'ordre. Son devoir est d'établir et de maintenir l'ordre, soit entre les divers groupes, tribus, bourgs ou familles qui composent la cité, soit dans les rapports de ces groupes avec les dieux; il est à la fois magistrat et prêtre. C'est surtout par cette dernière qualité qu'il diffère du roi tel que nous l'entendons aujourd'hui. A Rome, le roi est, avant tout, le chef du culte public, le grand prêtre de la cité. Le culte de la cité, comme celui de la famille, consiste essentiellement dans le culte du foyer. L'entretien du feu sacré, allumé sur l'autel de Vesta, était confié aux soins du roi, qui se faisait aider dans sa tâche par les vestales. En même temps, le roi était chargé du culte des Lares et des Pénates publics.

On ne voit pas bien, au premier abord, comment le mot *rex* peut s'appliquer à ses fonctions sacerdotales. La difficulté disparaît, si l'on tient compte du caractère de la religion chez les Romains. La religion consiste dans l'observation scrupuleuse des rites consacrés : les devoirs envers les dieux sont réglés minutieusement; il y a des rites compliqués auxquels on ne peut rien changer, sous peine d'encourir la colère des dieux (2). Le roi doit veiller à ce que les solennités prescrites soient accomplies régulièrement, dans leur ordre et dans leur temps. Il fixe la teneur de la formule qui doit accompagner le sacrifice (3), dresse la liste des

République, que dans le cas où le magistrat, investi du droit d'auspices, était dans l'impossibilité de les transmettre lui-même? Si le droit d'auspices revient forcément aux *patres* au décès du roi, c'est que ce droit est le fondement du pouvoir royal, sa justification théorique; on ne permet pas au roi de disposer d'un droit qui ne lui appartient pas et dont il n'a que la jouissance viagère. Sous la République il en est autrement, parce que le magistrat est élu par le peuple et tient de lui son pouvoir. La transmission du droit d'auspices n'est plus alors qu'une formalité, qui peut être remplie sans inconvénient par le magistrat en exercice. Sur cette question délicate de l'interrègne, voy. Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, 656; Mommsen, I, 624; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, 28; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 15; Carle, *Le origini del diritto romano*, 287; Lange, *Röm. Alterthümer*, I, 284.

(1) Denys, III, 35; IV, 65.

(2) Liv., I, 31, 32.

(3) Pline, *H. n.*, XXVIII, 10.

jours fastes et détermine le cérémonial des jeux publics. Il prend les mesures nécessaires pour prévenir les désordres qui résulteraient de l'abandon des rites nationaux et de l'introduction de rites étrangers (1).

Le mot *rex* ne fait pas allusion d'une manière spéciale au pouvoir militaire du roi. Il est certain, néanmoins, que le roi, comme plus tard les consuls, était investi du commandement militaire (2). Le roi présidait à l'armée à un double titre, soit comme magistrat chargé de maintenir l'ordre, soit comme prêtre autorisé à faire le nécessaire pour attirer sur les troupes la protection des dieux. Chez les peuples antiques, la guerre n'était pas seulement un conflit entre les habitants de deux cités ; leurs dieux prenaient part à la lutte. Il était essentiel de se concilier leur faveur pour assurer la victoire. Le roi, magistrat et prêtre, était, par voie de conséquence, chef de l'armée. Ce qui prouve que ce n'était pas sa fonction principale, c'est que celui qui fut le modèle des rois, Numa, ferma le temple de Janus et fit tous ses efforts pour refréner l'ardeur belliqueuse des Romains.

Cette conception de la royauté conduit à une conséquence importante. Elle permet d'affirmer que les *gentes* et les tribus, en se confédérant, n'avaient pas entendu se donner un maître (3). Nous pouvons préciser davantage et indiquer la pensée qui avait présidé à l'institution des rois, l'objet de la mission qui leur était confiée. Salluste le caractérise en ces termes : *conservare libertatem, augere rem publicam* (4).

Le premier devoir du roi est de conserver la liberté. Chez les peuples de l'antiquité, la notion de l'autorité royale ne ressemble guère à celle qui nous est aujourd'hui familière. La liberté individuelle était inconnue, la liberté de conscience aussi bien que la liberté de la vie privée n'existait pas. A Rome, sous la République,

(1) Liv., I, 20; Denys, II, 14.

(2) Denys, II, 14. Les auteurs latins emploient plus volontiers le mot *dux* pour indiquer le roi conduisant l'armée à la guerre. Liv., I, 53.

(3) On est en général d'accord pour considérer l'État comme une fédération des *gentes* campées sur les sept monts, et l'on a comparé le roi au père dans la famille patriarcale. (Lange, *Röm. Alterth.*, I, 265; Mommsen, *Römische Geschichte*, 6e éd., I, 61; S. Maine, *L'ancien droit*, 121; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. III, c. III et IX.) Il faut cependant ne pas perdre de vue que le régime patriarcal ne subsiste plus dans son intégrité à l'origine de Rome : on ne s'étonnera pas dès lors que les pouvoirs du roi ne soient plus identiques avec ceux d'un patriarche. Cette observation est nécessaire pour répondre aux objections qui ont été présentées, notamment par Ihering, I, 260. Pour lui, le roi est avant tout un chef militaire ; le principe de la subordination des *gentes* au roi se serait introduit là où il était indispensable, dans la constitution militaire. Ce point de vue trop exclusif n'a pas trouvé faveur. Cf. Carle, *Le origini*, p. 214. Kuntze, II, 66.

(4) Sall., Catil., 6.

la liberté se réduit, d'après Cicéron (1), à voter dans les comices, à conférer des magistratures, en un mot, à exercer les droits politiques; elle n'existe, dit-il, que là où la souveraineté appartient au peuple. Sous la royauté, où l'organisation sociale était différente, la liberté était conçue autrement. La cité se composait d'un certain nombre de groupes distincts formant des familles et des *gentes*. La liberté, pour chacun de ces groupes, consistait à être protégé contre les empiétements des autres; dans l'état normal, ils étaient tous sur le pied de l'égalité. Si l'équilibre était rompu au profit de l'un d'entre eux, il n'y avait plus de liberté. C'est précisément ce que l'on reprocha au dernier roi de Rome : Tarquin voulait que sa famille fût au-dessus des autres; c'est pour cela qu'on l'appela le Superbe. L'égalité (*æquabilitas, æquale jus*) (2), voilà l'idéal des cités antiques. Le roi modèle est celui qui sait maintenir l'équilibre entre les droits des familles composant la cité (3). S'il favorise l'une au détriment de l'autre, s'il laisse impuni un acte contraire au droit, c'est l'oppression du faible par le fort, c'est la négation du droit, qui est le fondement sur lequel repose la cité (4).

Le second devoir du roi est de *augere rem publicam*. Cette locution n'exprime pas l'idée d'agrandir le territoire. Tarquin le Superbe, qui recula les frontières de l'État (5), n'en fut pas moins accusé de manquer à ses devoirs et d'aspirer à la domination. Tite-Live, comparant Romulus à Numa, dit que tous deux, par des voies différentes, l'un par la guerre, l'autre par la paix, augmentèrent la cité (6). Cet éloge appliqué à Numa ne peut s'entendre que des institutions religieuses dont il a doté sa patrie. Comment ont-elles eu pour effet d'augmenter la cité? Parce qu'elles ont augmenté sa puissance en lui assurant la faveur des dieux (7). De même Romulus accrut la puissance de Rome, en faisant la guerre à ses ennemis et en écartant les dangers qui pouvaient la menacer de la part des étrangers. Ancus en fit autant en incorporant à la cité, suivant l'usage de ses prédécesseurs, les ennemis qu'il avait vaincus (8). Cet accroissement de population était un élément de force pour la cité. Le roi qui, au lieu d'accroître la puissance de

(1) Cic., De Rep., I, 31.
(2) Cic., De Rep., II, 23; I, 32.
(3) *Rex æquus*, Cic., De Rep., I, 26.
(4) Cic., De Rep., I, 32.
(5) Liv., I, 56.
(6) Liv., I, 22.
(7) C'est dans le même sens que Plaute fait dire à l'un des personnages de ses comédies : *Dii omnes me augent*.
(8) Liv., I, 32.

Rome, travaille à agrandir, à fortifier son pouvoir personnel, le roi qui, au lieu d'être le père de son peuple, cherche à en devenir le maître, à l'asservir, ne mérite plus le nom de roi (1).

Nous sommes maintenant en mesure de déterminer la situation respective des rois et des *gentes*. Le caractère de la royauté, tel qu'il s'est présenté à nous, se concilie très bien avec l'indépendance des *gentes*. La fédération des tribus, la formation de la cité, ne leur ont pas fait perdre leur autonomie. Le roi n'a autorité sur elles qu'à trois points de vue : 1° comme prêtre de la cité, pour leur faire connaître la volonté des dieux dans les questions qui intéressent les cultes dont il a la garde ou la surveillance ; 2° comme magistrat, pour trancher les différends qui peuvent s'élever entre elles ; 3° comme chef militaire, pour imposer certaines charges dans l'intérêt de l'État. Il ne peut ni s'immiscer dans l'administration intérieure de la *gens*, ni même se substituer au chef de la famille, pour mettre fin aux conflits qui peuvent naître entre ses membres. S'il intervient, c'est sur une invitation formelle et à titre d'arbitre (2). Il ne peut non plus imposer aux citoyens des charges que l'usage n'a pas consacrées, par exemple des corvées, même pour des travaux d'utilité publique, tels que les égouts de la ville (3). Il ne doit employer pour ces travaux que des ouvriers étrangers, qu'il payera avec le produit du butin fait sur les ennemis.

Le pouvoir du roi s'exerce dans les limites fixées par la loi ; tel est le sens de l'expression *imperium legitimum* dans Salluste. Ce n'est pas à dire que dès l'origine de Rome le peuple se soit réuni pour déterminer ces limites. Il n'est guère conforme aux données de l'histoire qu'on ait, à ce moment, l'idée d'imposer des restrictions arbitraires : c'est à la longue que l'expérience en fait sentir la nécessité. Le *legitimum jus,* dont parle Salluste, dérive de la coutume. De toutes les coutumes, la première et la plus importante obligeait le roi à prendre en toute matière l'avis du sénat. Celui qui ne s'y conformait pas faisait un acte contraire au droit ; c'était un *rex injustus* (4). Une autre coutume non moins importante faisait au roi un devoir de conserver intacte la liberté des citoyens (5) : nous savons en quoi les Romains faisaient consister

(1) *De rege dominus exstitit.* (Cic., De Rep., II, 26.) Dans le texte précité de Salluste, le mot *dominatio* fait antithèse à *augere rem publicam,* de même que *superbia* est l'opposé de *conservare libertatem.*

(2) Liv., I, 50. Tarquin le Superbe, pour s'excuser du retard qu'il avait mis à se trouver à un rendez-vous donné par lui aux chefs des Latins, « disceptatorem ait se sumptum inter patrem et filium ».

(3) Liv., I, 57, 54.

(4) Liv., I, 49, 53 ; Cic., De Rep., II, 26, 28.

(5) Sall., Cat., 6 ; Cic., De Rep., II, 26.

la liberté. Le roi est donc tenu d'observer les lois ; s'il les viole, tout citoyen a qualité pour proposer au peuple de l'expulser de la cité (1).

II. — Le roi doit en toute matière consulter les chefs des *gentes*. Il les réunit en un conseil qui porte le nom de sénat (2). Les membres du sénat sont appelés *patres* ou *seniores*, ce qui nous fait connaître les deux conditions requises pour être sénateur : il faut être chef d'une famille patricienne, et d'un âge avancé (3). Ce conseil des anciens comprit d'abord tous les *patres seniores*. Le nombre primitif des sénateurs doit correspondre à celui des *gentes :* il y en avait 100.

Lorsque le chiffre des *gentes* se fut accru, par suite de l'admission dans la cité de nouvelles familles patriciennes, le nombre des sénateurs aurait dû s'accroître en même temps. Pourtant il ne paraît pas que ces *gentes* nouvelles aient eu, de plein droit, un représentant au sénat. Les auteurs anciens s'accordent à dire que le choix des sénateurs appartenait au roi. Il est probable que son pouvoir, limité d'abord en ce sens que chaque *gens* devait avoir un représentant au sénat, put ensuite s'exercer sans restriction.

Le roi usa de son droit pour porter le chiffre des sénateurs à 200, puis à 300. En présence des récits contradictoires qui nous sont parvenus, il est difficile de dire quand et dans quelles circonstances s'est produite cette double augmentation. Elle a vraisemblablement coïncidé avec l'incorporation à la cité, d'abord de la tribu des *Tities* et de celle des *Luceres,* puis d'un certain nombre de familles patriciennes appartenant aux cités soumises par les Romains. Ce sont vraisemblablement les chefs de ces dernières qui furent admis au sénat sous Tarquin l'Ancien. Pour les distinguer des autres, on les appela *patres minorum gentium*, par opposition aux *patres majorum gentium*. Certains auteurs (4) présentent, il est vrai, les *minores gentes* comme des familles plébéiennes élevées au patriciat. Mais la seule *gens* qui, à notre connaissance, ait appartenu aux *minores gentes,* est une *gens* patricienne originaire de la cité latine de Mugilla (5). Il est donc probable que les plébéiens n'entrèrent au sénat que plus tard (6).

III. — A côté, mais au-dessous du sénat, on trouve dans la

(1) Cic., De Rep., II, 25.
(2) Liv., I, 49 ; Denys, II, 14.
(3) Salluste, Cat., 6 : ei vel ætate vel curæ similitudine patres appellabant. Festus, v° *Senatores :* Senatores a senectute dici satis constat.
(4) Denys, III, 67 ; Liv., I, 35.
(5) Cic., Ad fam., IX, 21.
(6) Willems, *Le Sénat de la République romaine,* I, 22 ; Mommsen, III, 31. Contra, Bouché-Leclercq, *Manuel,* 23 ; Bloch, 207.

Rome primitive une autre assemblée, celle des curies. Elle comprenait tous les citoyens qui participaient au culte des curies, les membres passifs aussi bien que les membres actifs des *gentes* (1). Le roi, à son défaut l'interroi, avait seul qualité pour convoquer les curies (2).

Dans ces comices, les suffrages étaient-ils comptés par tête ou par *gens?* Les témoignages des auteurs ne sont pas concordants. Il est probable qu'on votai tpar tête dans chaque curie, puis par curies (3). Les curies étaient consultées sur la collation de l'*imperium* au roi, sur la paix ou sur la guerre, sur la collation du droit de cité, sur le testament et l'adrogation, sur les projets de loi.

§ 4. — *La plèbe et les réformes de Servius.*

a. — Origines de la plèbe.

En dehors des *gentes* patriciennes, on trouve de bonne heure, dans la cité, une classe de personnes qui a joué dans l'histoire de Rome un rôle considérable : c'est la plèbe. Quelle est l'origine de la plèbe? Il est difficile de la déterminer avec certitude ; tantôt les plébéiens semblent se confondre avec les clients, tantôt on les oppose les uns aux autres. Les récits des historiens sont remplis des détails de la lutte plusieurs fois séculaire soutenue par la plèbe contre les patriciens et leurs clients. Parmi les nombreuses conjectures qui ont été proposées, voici celle qui nous paraît le mieux rendre compte des faits qui nous sont connus (4).

La plèbe a eu, suivant les époques, des origines différentes. Au début, les plébéiens sont des clients qui n'ont plus de patron. Les liens qui unissaient le client à son patron étaient dans bien des cas extrêmement faibles. Dans les grandes familles qui comptaient beaucoup de clients, les rapports personnels qu'ils avaient avec leur patron devaient se réduire à fort peu de chose. Il en était surtout ainsi des clients du roi. Le jour où les nécessités de la guerre les firent admettre dans les rangs de l'armée, même à titre temporaire, il n'était guère possible de leur faire sentir leur

(1) Les plébéiens furent d'abord exclus des curies. En a-t-il toujours été ainsi? La question est discutée. Cf. en sens divers, MOMMSEN, III, 92 (102); BLOCH, 291; BOUCHÉ-LECLERCQ, 21.

(2) DENYS, II, 14.

(3) LIV., I, 43 : *viritim;* DENYS, II, 14; IV, 20. GELL., XV, 27, dit que l'on votait *ex generibus hominum.* Faut-il en conclure que l'on votait par *gens,* et non par tête? Voy. LABBÉ sur Ortolan, *Explication historique des Instituts de Justinien,* 12ᵉ éd., 1884, I, 766.

(4) MOMMSEN, III, 66 (73); WILLEMS, *Le sénat,* I, 1. Contra BLOCH, 256

état de dépendance vis-à-vis de leurs compagnons d'armes d'origine patricienne. On les considéra comme déliés de leurs obligations envers la *gens* à laquelle ils avaient appartenu. En même temps, un certain nombre de clients étaient devenus libres, par suite de l'extinction de la *gens* à laquelle ils étaient attachés. Il y eut dès lors à Rome une masse d'individus qui restaient en dehors de l'organisation primitive en *gentes*. Le mot qui servit à les désigner montre bien qu'ils se distinguaient des autres membres de la cité, en ce qu'ils ne formaient pas des groupes analogues aux *gentes : plebs,* πλῆθος, veut dire *foule*.

Cette foule, qui s'accroissait tous les jours, devait tôt ou tard devenir une entrave pour le fonctionnement régulier de l'organisme social. L'État se composait de plusieurs centaines de groupes naturels, dont les membres étaient unis entre eux par des liens de famille, et qui avaient conservé, après leur confédération, une autonomie presque complète. La tâche du chef de l'État se réduisait à maintenir l'équilibre entre les groupes; il n'avait pas à intervenir pour fixer les droits respectifs de leurs membres. Quiconque n'appartenait à aucun de ces groupes était dans une situation fort précaire. On n'avait pas encore conçu l'idée d'un droit particulier aux individus, ni d'un État formé autrement que par la réunion d'un certain nombre de groupes.

La plèbe comprend ensuite une partie des étrangers conduits à Rome après la conquête de leur cité. On a prétendu qu'en transférant à Rome les habitants des cités soumises, les rois leur enlevaient leur organisation gentilice pour en faire des plébéiens. Mais la qualité de patricien n'était pas un privilège qu'on fut libre d'accorder ou de refuser : c'était la conséquence d'une organisation sociale à laquelle l'État ne pouvait rien changer, de même qu'il ne pouvait la créer. Certes Rome aurait eu le droit de laisser les vaincus hors de la cité; mais ce fut la moins exclusive des cités antiques. Tite-Live présente comme un usage constant de la royauté le système d'accroître la puissance de l'État, en donnant aux vaincus une place dans la cité (1). Lorsque le peuple romain jugea utile à ses intérêts de les accueillir, il les incorpora avec la condition qu'ils avaient dans leur patrie. Il avait tout avantage à leur conserver une organisation à laquelle ils étaient accoutumés, et qui pour lui était une garantie. On ne comprendrait pas que l'État eût admis dans son sein, de propos délibéré, une foule sans ordre, qui ne pouvait être qu'une cause de trouble pour la société.

Si le maintien des *gentes* étrangères se justifie à ce point de vue,

(1) Liv., I, 33.

il semble qu'à d'autres égards il devait présenter des inconvénients. Le patriciat romain pouvait-il recevoir sur le pied de l'égalité les chefs des *gentes* qui avaient succombé? Comment croire, a-t-on dit, qu'on les ait invités à prendre place au sénat, ou à se présenter dans les comices, soutenus par leurs clients? L'objection n'est pas sans réponse. Les chefs des *gentes* vaincues n'eurent pas nécessairement accès au sénat, dont le recrutement fut de bonne heure une prérogative royale. Dans les comices, leurs suffrages n'auraient pu contre-balancer celui des patriciens romains que s'ils avaient été plus nombreux, ce qui n'est pas démontré. Les conquêtes de Rome, dans les trois premiers siècles, se réduisent à quelques cités latines, sabines ou étrusques. D'ailleurs, on peut s'assurer que l'admission dans le patriciat d'un bon nombre de *gentes* étrangères n'est pas une simple hypothèse : c'est ce que l'on fit pour Albe la Longue après sa destruction (1). Bien des *gentes* patriciennes ont des surnoms qui prouvent leur origine étrusque (2). Sans doute quelques-uns de ces surnoms sont des titres honorifiques, accordés à certaines *gentes* après un triomphe remporté sur la ville dont elles ont emprunté le nom (3). Mais beaucoup d'autres *gentes* ont porté leur surnom local, avant qu'aucun de leurs membres ait pu triompher de la ville dont le nom les caractérise.

Les conquêtes de Rome n'ont fait entrer dans la plèbe qu'une partie des vaincus, ceux qui dans leur patrie n'appartenaient pas à des *gentes*. Peut-être aussi ont-elles contribué à briser plus vite les liens qui unissaient les clients aux patriciens d'origine étrangère.

Qu'allait devenir la foule sans cesse grandissante des plébéiens? En se détachant de la *gens* dont il faisait partie, le client se privait du seul moyen qu'il avait de participer à la vie sociale. Membre d'une *gens*, il avait un patron pour le défendre en justice. Comme individu, il n'était rien : client hier, plébéien aujourd'hui, il restait sans droit comme il était sans dieux. Destitué de la protection des dieux et des hommes, ce n'était plus qu'un paria.

Cette situation était aussi fâcheuse pour les plébéiens que dangereuse pour la cité. Pour l'améliorer, il fallait, ou reconnaître des droits à de simples individus, c'est-à-dire changer la notion

(1) Liv., I, 30; Denys, III, 29.

(2) On en trouve de Medullum, de Camerium, de Mugilla, de Corcoli, de Vitellia, de Fidènes, etc.

(3) Ainsi les Postumii ont substitué le surnom de Regillenses à celui de Tuberti qu'ils avaient précédemment.

même du droit, ou constituer la plèbe à l'état de groupe, lui donner une organisation artificielle, qui lui permît de se maintenir en face des groupes naturels qui primitivement composaient seuls la cité. C'est à ce dernier parti que l'on s'arrêta dans les premières années de la République; il était plus conforme à l'état des mœurs et des usages de cette époque.

b. — Réformes de Servius.

Les rois ne virent dans la plèbe qu'un instrument susceptible de servir à accroître la puissance de la cité. Ils cherchèrent à en tirer parti à ce point de vue et, pour se la concilier, lui firent distribuer des terres enlevées à l'ennemi (1). En retour, ils songèrent à lui imposer le service militaire et le payement de l'impôt. Jusqu'alors, ces charges étaient réparties exclusivement entre les curies et les tribus : les plébéiens en étaient régulièrement exempts. Pour les y soumettre, il aurait fallu créer de nouvelles tribus, de nouvelles curies. Tarquin l'Ancien en eut la pensée (2); mais son projet vint se heurter à des raisons d'ordre religieux qui le firent échouer. Servius procéda autrement; sans toucher aux divisions primitives de la cité, il modifia la répartition du service militaire et de l'impôt de manière à y comprendre les plébéiens.

La division en curies et en tribus cessa de servir de base au recrutement des légions. On prit désormais pour point de départ une division nouvelle de la ville; on partagea le territoire en quatre quartiers ou tribus, dont voici les noms : Succusana, Palatina, Esquilina, Collina (3). Ce qui prouve bien que les tribus étaient essentiellement des circonscriptions urbaines, c'est que la division de Servius ne comprend que les parties de la ville qui étaient habitées. Les auteurs anciens sont sur ce point unanimes.

Tous les citoyens eurent leur domicile légal dans une de ces tribus (4). Ceux qui n'avaient ni feu ni lieu reçurent des rois un emplacement pour se bâtir une maison. Le fait est attesté pour Tullus et pour Servius : d'après la tradition, pour que tout citoyen eût son domicile à Rome, le premier annexa le Cælius, le second l'Esquilin et le Viminal, qui furent dès lors compris dans l'enceinte de la ville (5). Le domicile légal fut ainsi rattaché à la pos-

(1) Liv., I, 46.
(2) Liv., I, 36.
(3) Festus, v° *Urbanas;* Pline, XVIII, 3; Liv., I, 43; Varr., L. l., V, 56; Denys, IV, 14.
(4) Denys, V, 40; Liv., II, 16 : « Urbis partem ad ædificandum concedere » est l'équivalent de « civitatem dare ».
(5) Denys, III, 1; IV, 13.

session d'une portion du sol de la cité (*heredium*), et par suite devint héréditaire. Pour assurer la fixité de ce domicile, Servius défendit d'en changer (1). Tout citoyen fut tenu de déclarer au cens, sous la foi du serment, la situation de son domicile et la valeur de sa fortune. Ceux qui ne se conformaient pas à cette obligation étaient vendus comme esclaves (2), et leurs biens étaient confisqués. Pour contrôler les déclarations et pour découvrir ceux qui négligeaient de se présenter, le roi s'adressait aux curateurs de chaque tribu (*tribuni ærarii*), qui étaient tenus de s'informer du domicile de chaque citoyen.

Bien que tous les citoyens eussent en ville leur domicile légal, en fait un grand nombre résidaient à la campagne : c'étaient les plus riches, les descendants des *gentes* patriciennes. Se trouvant trop à l'étroit sur l'*heredium* de deux jugères qu'ils tenaient de leurs ancêtres, ils étaient pour la plupart fixés sur les terres gentilices dont ils avaient la jouissance. Ils étaient répartis en vingt-six bourgs ou *pagi*, à la tête desquels étaient un ou plusieurs *magistri*, chargés de présider au culte. Pour faciliter le recensement des citoyens qui ne résidaient pas en ville, Servius chargea les *magistri pagorum* de prendre les noms de ceux qui étaient établis dans les bourgs, avec l'indication des terres d'où ils tiraient leurs moyens d'existence. Denys assure qu'ils étaient également chargés de convoquer ceux qui étaient en état de porter les armes, et de percevoir le montant de l'impôt (3).

Les charges du service militaire et de l'impôt furent réparties entre les citoyens inscrits dans les tribus, en proportion de leur fortune (4). Toutefois, il y a des différences importantes entre ces deux charges, soit quant aux personnes qui en sont tenues, soit quant au mode de répartition.

1° Le service militaire est dû en principe par tous les citoyens; mais ceux qui ont une fortune de 11,000 as et au-dessus font seuls partie de l'armée régulière (*armati*). Les autres sont placés à la suite de l'armée (*inermes*), pour servir comme ouvriers ou pour combler, en cas de besoin, les vides des légions. Dans ce dernier cas, ils sont, comme tous les *adsidui*, tenus de s'équiper à leurs frais, s'ils ont au moins 1,500 as. Au-dessous de 1,500 as jusqu'à 375 as, ils sont armés aux frais de l'État. Enfin, au-dessous de 375 as, il n'était pas d'usage de faire appel à leurs services (5). Les

(1) Denys, IV, 14.
(2) Gaius, I, 160.
(3) Denys, IV, 15. Cf. Mommsen, III, 118, 194 (132, 218).
(4) Liv., I, 42.
(5) Festus, v° *Adsiduus;* Gell., XVI, 10.

citoyens des deux dernières catégories sont appelés : les premiers, *proletarii;* les seconds, *capite censi.*

L'impôt, à la différence du service militaire, n'est dû que par les citoyens dont la fortune est de 1,500 as et au-dessus : on les appelle *adsidui.* Il y a, comme on le voit, des citoyens qui payent l'impôt sans faire partie de l'armée régulière : ce sont ceux qui ont une fortune de 1,500 à 11,000 as; pour les distinguer des autres *adsidui,* on les appelle *ærarii.* Quant aux citoyens qui ont moins de 1,500 as, ils sont exempts de l'impôt : ce sont les prolétaires ou *capite censi* (1). On ne fait plus ici la distinction que nous avons signalée au point de vue du service militaire.

2° Le mode de répartition de l'impôt n'est pas le même que celui du service militaire. L'impôt se paye à raison de tant par 1,000 as. Le service militaire donne lieu, suivant les besoins de l'État, à des appels successifs. En première ligne, on appelle les citoyens dont la fortune est de 100,000 as et au-dessus (2); en deuxième ligne, ceux qui ont au moins 75,000 as; en troisième ligne, ceux qui ont au moins 50,000 as; en quatrième ligne, ceux qui ont au moins 25,000 as; en cinquième ligne, ceux qui ont 11,000 as (3).

La première ligne de l'armée portait anciennement le nom de *classis;* les autres lignes étaient *infra classem* (4). On les distinguait sans doute par des dénominations particulières faisant allusion aux personnes qui les composaient (5). Dans la suite, le mot *classis* fut appliqué indistinctement à tous les appels : dès lors, on put dire que l'armée était divisée en cinq classes. Chaque classe comprenait un certain nombre de compagnies ou centuries, les unes de *juniores* (dix-sept à quarante-six ans), les autres de *seniores* (quarante-six à soixante ans) (6). Les premiers formaient l'armée active, et les seconds la réserve. Il y avait en tout 193 centuries.

Ainsi fut écartée, quant au service militaire et à l'impôt, la distinction des plébéiens et des patriciens. La réforme admi-

(1) Cic., De Rep., II, 22; Festus, v° *Proletarium.* Cf. Mommsen, III, 297, 231, 238 (338, 261, 268).

(2) Liv., I, 43; Polybe, VI, 23. 110,000 d'après Pline, H. n. XXXIII, 3, et Festus, v° *Infra classem.*

(3) Liv., I, 43; Denys, IV, 16, donne le chiffre de 12 mines et demie, soit 12,500 as. Polybe, VI, 19, dit 4,000.

(4) Gell., VI [VII], 13, d'après Caton.

(5) Cicéron, Orat., 46, parle d'une *centuria procum,* et Festus, v° *Procum patricium,* explique le premier de ces mots employés par Varron à propos de la *descriptio centuriarum :* c'était une centurie composée des principaux patriciens.

(6) En voici le détail : *Equites,* 18; *Pedites :* 1re classe, 40; 2e classe, 10; 3e classe, 10; 4e classe, 10; 5e classe, 15 centuries de *juniores* (pour chaque classe et autant de *seniores*), en tout 170; 1 centurie *fabrum tignariorum,* 1 *ærariorum,* 1 *tubicinum,* 1 *cornicinum,* 1 *adcensorum velatorum.*

nistrative de Servius ouvrit pour la plèbe une ère nouvelle. Pour la première fois, l'État s'occupe des citoyens, non plus comme membres d'un groupe, mais comme individus : il leur impose des devoirs, en attendant que la logique le force à leur reconnaître des droits.

c. — Création d'un culte d'Etat.

Un autre fait qui n'a pas peu contribué à favoriser l'assimilation des plébéiens et des patriciens, c'est la création par les Tarquins d'un culte nouveau, celui de Jupiter Capitolin. Sur l'un des sommets du Capitole fut bâti un temple contenant trois sanctuaires, celui de Jupiter au milieu; à gauche, celui de Junon; à droite, celui de Minerve (1). Le dieu est qualifié *optumus maxumus :* c'est le dieu par excellence, celui dont le pouvoir ne souffre aucune restriction; de même qu'on appelle *optumus maxumus* le champ libre de toute servitude. Ce dieu, qui est supérieur aux anciennes divinités de la cité, même à Janus, n'est pas seulement le dieu du Palatin ou de l'Esquilin, ni même des sept monts; c'est le dieu de la cité tout entière. Son culte, organisé en dehors des traditions religieuses des premiers habitants de Rome, et probablement d'origine étrusque, devint un véritable culte d'État.

§ 5. — *Les corporations.*

A côté des groupes naturels formés par les *gentes* patriciennes, on trouve de bonne heure à Rome des groupes artificiels, comprenant un certain nombre de citoyens : ce sont les confréries religieuses (*sodalitates*), les corporations ouvrières (*collegia*) et les associations de quartier. Les confréries religieuses remontent, d'après la tradition, au temps des rois : telles sont celles des *Salii*, des *Luperci*, des *Sodales Titii,* des frères Arvales.

Les corporations ouvrières ne sont pas moins anciennes. Plutarque dit que Numa, pour mêler les Latins et les Sabins qui persistaient à rester séparés, divisa tout le peuple en neuf corps de métiers (2). Les corporations de charpentiers (*fabri tignarii*), d'armuriers (*ærarii*), de musiciens (*tibicines, cornicines*), figurent dans la constitution de Servius et forment des centuries supplémentaires. Tite-Live parle d'un collège (*mercatorum fru-*

(1) Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des Antiquités,* I, 903.
(2) Plut., Num., 17. Cf. Mommsen, *De collegiis,* 1843.

mentariorum) fondé en 259, qui s'occupait du transport du blé acheté par l'État à l'étranger, et honorait d'un culte particulier Mercure (1).

Entre habitants d'un même quartier, il existait également des associations fondées sur la communauté de culte. Les plus anciennes étaient celles des curies, dont les fêtes des *Fordicidia* et des *Fornacalia* étaient encore célébrées sous l'empire : les patriciens et leurs clients en faisaient seuls partie. Des associations plus larges comprenaient tous les habitants d'un même quartier de la ville (*vicus*) ou d'une même bourgade rustique (*pagus*).

Ces associations, nées de la libre volonté des parties contractantes, ont reçu, comme on le voit, un développement assez considérable. Il semble que le groupement des individus soit la seule forme de société que les Romains aient su concevoir. Qu'il y ait un but religieux à atteindre ou un but social, l'individu n'apparaît jamais isolé : partout on rencontre des associations constituées sur le type de la *gens,* des associations à forme gentilice.

Cette observation a une importance capitale pour l'histoire du droit. Dans une société composée exclusivement d'un ensemble de petites corporations indépendantes, un petit nombre de règles de droit suffisent. Les rapports entre individus, qui forment aujourd'hui l'objet principal des dispositions de nos Codes, sont pour la plupart étrangers à la sphère du droit : entre individus appartenant à un même groupe, ils sont réglés par les coutumes qui lui sont propres ou par l'autorité du maître de ce groupe. Entre membres de groupes différents, ils sont soumis à des règles semblables à celles qu'on applique aux rapports internationaux (2).

Toutes ces associations ont une organisation analogue, modelée sur celle de la cité : elles ont une assemblée générale (3) correspondant à celle des comices, un président (*magister*) (4). Les sodalités ont même une sorte de sénat (*ordo*) comprenant les principaux membres de la confrérie (5). La loi des Douze Tables consacre la liberté d'association : toute latitude est laissée aux associés pour la rédaction de leurs statuts, pourvu toutefois qu'ils ne portent pas atteinte aux lois de la cité (6). La liberté

(1) Liv., II, 27.

(2) La *sponsio* servait à confirmer les traités internationaux aussi bien que les conventions entre particuliers. Gaius, III, 94.

(3) *Conventio* (Sc. de Bacch. de 568; Varr., L. l., VI, 9, 87), plus tard *concio;* σύνοδοι, Plut., Num., 17 ; Denys, IV, 43.

(4) P. Diac. : v° *Magisterare.*

(5) Orelli, 4054, 4104, 4947, 7191.

(6) Gaius, 4 ad XII Tab., D., XLVII, 22, 4.

de réunion est également reconnue par les décemvirs; les assemblées nocturnes sont interdites (1).

La formation de la corporation résultant du simple accord des volontés de ses fondateurs (2), aucune solennité n'était requise, mais il était d'usage de confirmer l'adhésion donnée par les associés au moyen d'un serment, d'un vœu ou d'une stipulation. Bien que cet usage ne soit attesté, à notre connaissance, que par un document du sixième siècle, il ne nous paraît pas douteux que la pratique du serment (*conjuratio*), en pareil cas, ne remonte à une haute antiquité.

B. — La vie sociale.

Les premiers habitants de Rome appartiennent à cette phase de la vie des peuples que caractérise le régime agricole : ce sont en majeure partie des cultivateurs. Tout le démontre, les croyances, les coutumes, le droit.

La plus ancienne confrérie de Rome, celle des frères Arvales, était vouée au culte de la Terre nourricière; elle offrait des sacrifices pour obtenir la fécondité des champs (3). De très anciens règlements pontificaux, cités par Caton et Columelle (4), déterminent les travaux auxquels il est permis de se livrer les jours des féries; tous ces travaux sont relatifs à l'agriculture. Est-il besoin de rappeler que, d'après la légende, Romulus se servit de la charrue pour tracer l'enceinte sacrée de la ville (5), et qu'au témoignage des auteurs anciens, les principaux citoyens passaient la plus grande partie de leur vie sur leurs terres (6) ?

L'un des traits distinctifs de l'organisation de la famille, la soumission des enfants au chef pendant toute sa vie, s'explique par les exigences de la culture des terres. Pour tirer parti d'un sol peu fertile comme celui de la campagne de Rome, le maître de la maison avait besoin d'hommes jeunes et vigoureux. Si les enfants, arrivés à l'âge d'homme, avaient pu se séparer de lui, il lui eût été difficile de suffire aux besoins de sa femme et de ses enfants en bas âge. D'ailleurs, l'unité de direction assurait un meilleur rendement qui profitait à tous les membres de la famille. L'expérience acquise par le maître de maison lui faisait éviter les tâtonnements. Qu'on lise les traités des agronomes

(1) Porc. Latr., Decl. in Cat., 19.
(2) *Pactio, fidem inter se dare : C. I. L.*, I, 196.
(3) Varr., L. l., V, 85 ; Gell., VI, 7, 8.
(4) Cat., R. r., 2, 38 ; Col., R. r., II, 21.
(5) Varr., L. l., V, 32 ; Alf. Varus, In Pomp. Enchir., D., L, 16, 239, 6.
(6) Varr., R. r., II, 1 ; Col., R. r., pr., 13.

latins, et l'on verra que rien n'était laissé au hasard, que tout était calculé pour obtenir un résultat utile. Cet esprit de suite, qu'on s'accorde à reconnaître aux Romains et qui fut le secret de leur force, ne vient-il pas de ce que le gouvernement de chaque maison demeurait de longues années entre les mains du même chef, et lui était ordinairement confié à un âge où il avait perdu le goût des innovations hasardeuses ?

L'organisation primitive de la propriété dénote également une population principalement adonnée à l'agriculture. Les biens que l'on considère comme les plus précieux sont, en dehors de la terre, ceux qui servent à la culture et à l'exploitation des champs : les esclaves, les bêtes de trait ou de somme, les servitudes rurales de passage, d'aqueduc et de puisage.

Les crimes et délits, que l'on tient pour les plus graves, ne sont pas seulement ceux qui portent atteinte à la vie ou à l'honneur d'un citoyen ; c'est le meurtre d'un bœuf de labour, ce sont les sortilèges qui font périr la moisson. Couper les branches d'un arbre, c'est le déshonorer, et la peine est la même que pour l'injure adressée à un citoyen.

Chez un peuple de cultivateurs, les rapports sociaux sont nécessairement très restreints. Lorsque les auteurs anciens vantent la simplicité des mœurs antiques, ce n'est pas seulement pour établir un contraste avec le luxe et le raffinement des derniers siècles de la République et du temps des Césars. Les Romains des premiers siècles n'avaient pas même l'idée de ces besoins plus ou moins factices qui sont la marque d'une civilisation plus avancée. Chaque famille se suffisait à elle-même : meubles, vêtements, ustensiles de ménage ou de travail, armes de chasse ou de guerre, tout se faisait à la maison. On n'achetait rien, ou peu s'en faut.

A côté de la classe des cultivateurs, qui formait l'élément principal de la population, il y avait la classe des ouvriers, notamment ceux qui travaillaient le bois, l'or ou le cuivre (1).

Ouvriers et cultivateurs se rencontraient à Rome les jours de marché (2) pour échanger leurs produits. Les uns achetaient les objets qu'ils ne pouvaient fabriquer eux-mêmes : les faux, les pieux, les haches, les socs de charrue, les tuiles, les jougs, les pressoirs, les ornements et parures en métal. En échange ils donnaient du vin, de l'huile, du bois, de la laine, des bestiaux. Le plus souvent ces objets passaient directement des mains du producteur en celles du consommateur. D'ailleurs, en raison

(1) Plut., Num., 17 ; Pline, H. n., XXXIV, 1, 1 ; XXXV, 12, 159.
(2) Le marché se tenait chaque neuvième jour. Festus, v° *Nundinas*.

même de leur nature, ils donnaient lieu à des transactions restreintes et qui ne se renouvelaient que de loin en loin (1).

Les relations commerciales avec les cités étrangères étaient également fort limitées, si ce n'est avec les cités voisines du Latium. Les Romains se procuraient les quelques produits exotiques dont ils faisaient usage, dans les marchés internationaux. qui se tenaient généralement près d'un temple. Les plus célèbres étaient ceux de Feronia, près de Capène en Étrurie, de Fregelles chez les Volsques, ainsi que celui du temple de Diane sur l'Aventin. En échange, les Romains donnaient du bétail ou l'excédent de leurs récoltes. Dans toutes ces transactions l'argent jouait un rôle très restreint. Les lingots de cuivre dont on se servait parfois pour les payements étaient d'un maniement et d'un transport difficiles. Pour peu qu'on eût une somme un peu forte à payer, il fallait la mettre sur un chariot (2). La richesse consistait surtout en troupeaux. Mais c'était un capital qui ne pouvait s'accroître indéfiniment ; il était sujet à des variations de valeur et au dépérissement. Il n'en avait pas moins son importance, et l'on aurait tort d'exagérer la pauvreté des Romains à l'époque royale.

En résumé, peu ou pas d'argent, pas de commerce, pas d'industrie, peu d'occasions d'échanger les produits et, par suite, de former des rapports sociaux. Dans une société ainsi organisée, le droit privé ne saurait avoir qu'une application peu étendue. Il se réduit à un petit nombre de règles, destinées à protéger la terre et les instruments de travail. Tel est en effet le caractère des dispositions du droit romain au temps des rois et même aux premiers siècles de la République.

CHAPITRE II

Des modes de formation du droit.

Si la création des cités a motivé l'établissement de règles purement civiles destinées à maintenir l'ordre social, il ne fau-

(1) Voy. sur les usages des Romains à cette époque, Voigt, *Die XII Tafeln*, I, 24, où l'on trouvera cités tous les textes, et *Privataltertümer und Kulturgeschrichte,* dans *Handbuch der Klassichen Altertums-Wissenschaft* d'Iwan Müller, 1887, IV, 767.

(2) Liv., IV, 60.

drait pas en conclure que la séparation du droit et de la religion s'est opérée d'un seul coup, par une réaction violente contre le droit théocratique. Le droit civil n'a eu d'abord qu'une portée fort restreinte. Peu à peu il a gagné du terrain, il a entrepris de réglementer des rapports qui autrefois étaient du domaine de la religion. Pendant longtemps, à Rome, le droit théocratique a coexisté avec le droit civil (1).

Les Romains ont un mot pour désigner chacune de ces deux sortes de droit. Le droit suggéré par les dieux, le droit théocratique, est appelé *fas ;* le droit établi par les hommes porte le nom de *jus* (2).

Les Romains font dériver *fas* de *fari* (3), qui veut dire parler (4). Le mot *fari* a pris le sens spécial de parler par inspiration religieuse (5). C'est dans cette acception qu'on emploie *fas* et *fatum* (6).

Le mot *jus* (7) paraît venir du sanscrit *ju,* qui exprime l'idée d'unir, de lier. C'est la même idée qu'on retrouve dans les mots *jugum* et *jungere,* qui ont la même origine (8). Le droit est un lien : ce lien résulte toujours d'un accord soit entre deux ou plusieurs personnes, soit entre tous les membres de la cité. Dans le premier cas, le droit ne prend naissance qu'entre les parties contractantes ; dans le second cas, il naît au profit et à la charge de tous les citoyens, il peut être invoqué par ou contre chacun d'eux.

(1) Cf. Kuntze, I, 42 ; Voigt, I, 101 ; Ihering, I, 266 ; Esmarch, *Römische Rechtsgeschichte,* 2e éd., 1880, § 7 ; Schulin, *Lehrb.,* 80 ; Carle, *Le origini del diritto romano,* 93 ; Muirhead, *Introd.,* 19 ; Leist, *Gr.-ital. R. G.,* 235. Il y a même une institution appartenant au droit théocratique qui a conservé sa valeur après la sécularisation complète du droit, et qui aujourd'hui encore figure dans nos codes, l'institution du serment.

(2) Isidor., Or., V, 2, 2 : Fas lex divina, jus lex humana est. Serv., in Georg., I, 269 : Ad religionem fas, ad homines jura pertinent.

(3) Cæcilius Statius ap. Serv. in Æn., II, 777 : Fata sunt quæ divi fantur.

(4) La racine sanscrite *bhà* signifie paraître, d'où le mot *bhaoh,* montrer en paroles, c'est-à-dire parler. Pott, *Etymologische Forschungen,* I, 195, 271, cité par Ihering, I, 268.

(5) Enn. ap. Prob. ad Virg. Ecl., VI, 31 :

Atque Anchises doctu' Venus quem pulcra dearum
Fari donavit, divinum pectus habere.

(6) *Fas* paraît être la forme antique du participe passé *fatum.* On trouve une forme analogue dans : *damnas, sanas, dilapidas.* Cf. Voigt, *Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öconomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke* (Abh. der philol. histor. Cl. der K. Sächs. Ges. d. Viss., 1872, p. 144). Voy. cep. Bréal et Bailly, *Dict. étym.,* 101, qui pensent que *fas* vient de θέμις, le θ s'étant changé en *f.* Ce qui est certain, c'est que *fas* et *themis* expriment la même idée. Festus : *Themin* deam putabant esse quæ præciperet hominibus id petere quod fas esset, eamque id esse existimabant quod et fas est.

(7) On écrivait anciennement *jous, C. I. L.,* I, 198.

(8) Ihering, I, 219. Voy. cep. Bréal et Bailly, *Dict. étym.,* 144. Mommsen, III, 310 (352).

Dans les deux cas, la simple manifestation des volontés ne suffit pas pour faire naître le droit : il faut une déclaration spéciale (1). Quant au roi ou au magistrat, il ne crée pas le droit ; il se borne à le montrer (*jus dicere*).

Nous avons à déterminer quels furent, à l'époque royale, les modes de formation du droit, en distinguant celui qui a été inspiré par les dieux (*fas*), et celui qui a été établi par les hommes (*jus*). Nous aurons ensuite à rechercher dans quelle mesure la coutume a continué à régir les membres de la cité.

I

LES LOIS ROYALES.

I. — Placé d'une manière permanente en communication avec les dieux de la cité, le roi était l'interprète de leur volonté. Il édictait en leur nom des règles obligatoires pour tous ceux qui participaient au culte de la cité. Telle est l'origine des dispositions qui nous ont été conservées sous le nom de lois royales. Il suffit, pour s'en convaincre, d'en examiner le contenu.

Les unes sont relatives à l'exercice du culte (2).

D'autres ont pour but d'assurer le respect des hommes et des choses consacrés par les dieux, et à plus forte raison des dieux eux-mêmes (3). L'outrage, commis par un enfant à l'égard de ses père et mère est considéré comme un outrage aux dieux du foyer dont ils sont les prêtres. Le client qui manque au devoir de fidélité envers son patron, c'est-à-dire envers le chef du culte auquel il a été admis à participer, est voué aux dieux des enfers (4). Réciproquement, le patron qui trahit son client encourt la même peine : le client devait être sacré pour son patron.

D'autres punissent les actes attentatoires à la vie d'un citoyen, ou même d'un client, ou d'un bœuf de labour (5).

(1) Lorsqu'il s'agit d'une loi, cette déclaration est caractérisée pas le mot *jubere*. Le président des comices, qui consulte le peuple sur un projet de loi, ne se borne pas à lui demander : *Velitis, Quirites;* la formule consacrée est : *Velitis, jubeatis*. GELL., V, 19.

(2) PLINE, H. n., XIV, 12; XXXII, 2; VARR. dans FESTUS, v° *Opima;* GELL., IV, 3; PLUT., Num., 12; FEST., v° *Occisum ;* LYD., De mens., I, 31.

(3) PLUT., Num., 17; DENYS, II, 27; I, 78. P. DIAC., v° *Termino.*

(4) FESTUS, v° *Plorare;* DENYS, II, 10.

(5) P. DIAC., v° *Parricidii;* VARR., R. r., II, 5, 4.

D'autres, enfin, répriment les abus de pouvoir commis par le père à l'égard des membres de sa famille (1).

De ces quatre séries de dispositions, les deux premières se rattachent au droit religieux ; la troisième rentre au fond dans la deuxième : le meurtre d'un citoyen est considéré, non pas comme un crime d'État, mais comme un crime contre les dieux protecteurs de la cité. La nature de la peine édictée en est la preuve : le meurtrier doit être sacrifié aux dieux. En cas d'homicide par imprudence, on se contente de sacrifier un bouc (2).

La disposition relative au meurtre du bœuf de labour est très remarquable. Elle s'explique aisément à une époque où les animaux servant à l'exploitation de la terre faisaient partie de la famille, où le père sacrifiait aux dieux pour attirer la protection divine sur eux aussi bien que sur ses enfants. Entre tous les animaux attachés à la culture, le bœuf était celui dont les services étaient le plus appréciés, puisque sans lui il aurait été difficile de labourer le champ qui devait produire le grain nécessaire à l'alimentation de la famille. Aussi le considère-t-on comme le compagnon de l'homme dans les travaux des champs (3).

Les dispositions tendant à réprimer ou à prévenir l'abus de pouvoir des chefs de famille sont celles qui semblent s'écarter le plus du caractère des autres règles. On y a vu une ingérence de l'État dans l'administration de la famille. Ce point de vue ne nous paraît pas exact. Le roi, comme plus tard le grand pontife, avait la surveillance des cultes privés ; à ce titre, il lui appartenait de poser des règles pour réprimer les actes par lesquels un chef de famille aurait compromis la perpétuité de son culte : tels étaient le meurtre ou l'exposition des enfants en bas âge, la répudiation de la femme, l'inhumation d'une femme enceinte avant d'avoir extrait le part.

Les lois royales ne sont donc pas, comme on l'a cru sur la foi de Pomponius (4), des lois curiates. Elles ont un objet tout spécial, qui ne rentre pas dans les matières sur lesquelles le peuple pouvait être appelé à délibérer. Si, au point de vue de nos idées modernes, quelques-unes d'entre elles sont destinées à maintenir l'ordre dans la cité, à prévenir des causes de trouble, par exemple celles qui punissent le meurtre, elles avaient un tout autre caractère aux yeux des hommes de cette époque : l'intérêt social s'effaçait devant l'intérêt des dieux, ou, si l'on veut, se confondait avec lui.

(1) Denys, II, 15, 25, 10.
(2) Serv. in Virg. Ecl., IV, 43.
(3) Cf. S. Maine, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives,* 184.
(4) Enchir., D., I, 2, 22.

Les lois royales ne sont pas non plus de simples règles coutumières (1). Tite-Live atteste qu'elles étaient consignées sur des tables. Si les rois ont, dans certains cas, confirmé une coutume antérieure, en lui donnant une sanction nouvelle, on ne peut attribuer une origine coutumière aux dispositions qui définissent les crimes punis d'une peine capitale.

On a conjecturé que les lois royales étaient des actes de la juridiction des rois, des décisions rendues par eux en qualité de juges et par application de très anciennes coutumes (2). Cette opinion se heurte aux mêmes objections que la précédente; elle est, de plus, incompatible avec certaines dispositions des lois royales. Le roi ne peut avoir statué comme juge sur les offenses commises par un enfant envers ses parents : le chef de famille, en tant que magistrat domestique, était en cette matière seul compétent.

Les lois royales sont vraisemblablement l'œuvre des rois, agissant comme prêtres de la cité et sous l'inspiration des dieux (3). C'est bien là l'idée exprimée par la légende, qui attribue les règlements introduits par Numa à ses entretiens mystérieux avec la nymphe Égérie.

Le roi était assisté dans ses fonctions sacerdotales par un collège permanent, celui des pontifes. On ne peut dire avec certitude quel était le nombre de ses membres; il varie, suivant les auteurs, de quatre à six. On ignore également comment il était composé, notamment si les trois flamines de Jupiter, de Mars et de Quirinus, en faisaient partie (4). En l'absence du roi, le conseil était présidé par l'un des pontifes. C'est ce collège qui, avec le roi, était chargé de l'interprétation de toutes les règles relatives au culte privé et public. C'est dans les livres des pontifes que les lois royales paraissent avoir été conservées (5).

II. — Le roi n'était pas seulement l'interprète autorisé de la volonté des dieux : dans son récit du procès intenté à Horace, Tite-Live présente le roi comme l'interprète de la loi. Cicéron dit également que l'interprétation du droit était l'un des privilèges de la royauté. Cicéron caractérise le rôle du roi à ce point de vue, en disant qu'il a pour but *explanatio æquitatis* (6). Le rôle du roi

(1) Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, 25; Rubino, *Unterschungen über römische Verfassung und Geschichte*, 1839, p. 418.

(2) Kuntze, II, 96; Lange, *Römische Alterthümer*, I, 47.

(3) Voy. cep. Mommsen, II, 41; Krueger, *Gesch. der Quellen*, 6.

(4) Voy. cep. Bouché-Leclercq, *Manuel*, 511; Mommsen, II, 20; Marquardt, VI, 230, 319 (286).

(5) Liv., I, 20. Cic., Orat., I, 43.

(6) Le sens de cette expression ressort de son rapprochement avec un passage bien

consistait à prendre les mesures nécessaires pour rendre clairs, évidents à tous les hommes les droits de chacun, de manière qu'ils demeurassent égaux les uns aux autres. Il ne s'agit pas simplement ici de l'exercice du pouvoir judiciaire du roi, du cas où le roi interprète la loi pour en faire l'application à une espèce particulière. La pensée exprimée par Cicéron est beaucoup plus large et s'entend même de l'interprétation qui crée le droit, celle qu'on appelle aujourd'hui l'interprétation législative.

Le roi était donc, non pas un véritable législateur, mais seulement l'interprète autorisé de la loi. Les règles par lesquelles le roi ou le magistrat interprétaient les lois votées par le peuple étaient qualifiées *leges*. Le mot *lex* désignait toute disposition obligatoire, et n'impliquait pas nécessairement l'idée d'une disposition établie par le peuple (1). Cicéron appelle *lex* l'édit du préteur; il se borne à ajouter *annua,* pour la distinguer des lois du peuple, qui conservaient leur valeur jusqu'à ce qu'elles eussent été abrogées expressément ou tacitement. La *lex* peut émaner même d'un simple particulier : c'est la *lex privata,* par opposition à la *lex publica.*

Le caractère du pouvoir royal, tel que nous venons de le définir, ressort également du récit de Denys. Il nous présente le roi comme le gardien des lois et des coutumes nationales. Cette locution, que Denys s'est borné à traduire en grec, a chez les Romains une signification particulière. Lorsque Cicéron appelle le préteur urbain « le gardien du droit civil », il n'entend pas dire seulement qu'il doit veiller à ce que le droit civil ne soit pas violé : le préteur était autorisé à seconder, à compléter, à corriger le droit civil (2). C'est le pouvoir d'interprétation dans son sens le plus large. Quant aux coutumes nationales, le rôle du roi consiste à en constater l'existence et à en assurer l'observation.

Indépendamment de ce pouvoir, il en est un autre que Denys indique d'une façon assez obscure : Le roi, dit-il, doit prendre soin du droit fondé sur un état de fait ou sur un contrat. De quelle

connu de Tacite, qui vante l'*æqualitas* qui régnait primitivement entre les hommes, ainsi que l'*æquum jus* consacré par les Douze Tables. Tacite oppose l'ambition de ses contemporains à la retenue des anciens, qui ne désiraient rien de contraire à la coutume, l'envie de dominer, de s'élever au-dessus des autres à l'esprit d'égalité qui régnait alors; il affirme qu'après les Douze Tables c'en a été fait de l'égalité de droit entre les hommes; les lois postérieures n'ont été le plus souvent, d'après lui, que des actes de force. Cic., de Rep., V, 2; Tac., Ann., III, 26.

(1) Mommsen, III, 310 (351), rapproche *lex* de *legare,* donner mandat. Suivant Bréal, *Dict. étym.,* 159, *lex,* c'est la loi écrite. *Lex* serait avec *legere,* lire, dans le même rapport que *rex* avec *regere.*

(2) Denys, II, 14. Cic., De Rep., III, 3. Pap., 2 Definit., D., I, 1, 7. 1.

manière doit-il en prendre soin? Est-ce en veillant à l'exécution des obligations? Mais c'est l'affaire des intéressés. Il s'agit ici vraisemblablement de la forme des actes juridiques. Nous savons, d'une part, que le roi était chargé de déterminer les moyens propres à assurer l'observation des lois ; d'autre part, que l'ancien droit romain exige l'accomplissement de certaines solennités pour la formation des actes juridiques : on est porté à en conclure que le roi était chargé de fixer les formes requises pour la naissance des droits. On ne voit pas à quel autre point de vue le roi pourrait intervenir et exercer un pouvoir spécial. Ce qui confirme cette conjecture, c'est que, dans la suite du texte, Denys dit que le roi avait réglé les formes de la procédure : cela donne à penser qu'il a également fixé les formes des actes juridiques. Il est d'ailleurs probable qu'il ne les a pas inventées, et qu'il s'est contenté de régulariser des formes introduites par l'usage, en déterminant peut-être les paroles à prononcer (1).

II

LES LOIS CURIATES.

En dehors des règles édictées sous l'inspiration des dieux, ou comme interprète de la loi, le roi n'avait pas qualité pour établir des dispositions ayant force de loi. Le pouvoir législatif, dans le sens moderne, appartenait aux comices par curies. Le roi convoquait le peuple dans ses comices et lui soumettait, sur l'avis conforme du sénat, les projets de loi. C'est là toutefois un point très contesté. Beaucoup d'auteurs pensent qu'à l'époque royale il n'y a pas eu de lois soumises au vote des comices. Le droit (*jus*) aurait été exclusivement coutumier.

Dans une société organisée comme l'était la société romaine à l'époque primitive, le droit civil n'a pu, il est vrai, occuper qu'une place très restreinte. Bon nombre de rapports qui, aujourd'hui, sont réglés par la loi étaient alors fixés par les rois sous l'inspiration des dieux, ou par les coutumes propres à chaque *gens*. Est-ce à dire que la loi ne soit pas intervenue dans des cas exceptionnels, soit pour édicter une peine contre celui qui se rendait coupable d'un crime contre la sûreté de l'État, soit pour régler à certains égards les rapports des chefs de famille les uns

(1) Cf. Denys, IV, 25. Cf. Puntschart, *Die Entwickelung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer*, 1872, p. 25.

avec les autres? Le témoignage des auteurs anciens semble confirmer cette hypothèse.

Nous n'invoquerons ni celui de Pomponius (1), qui affirme l'existence de lois proposées aux curies par les rois, mais qui les confond avec les lois royales recueillies par Papirius; ni celui de Denys, qui mentionne cinquante lois sur les contrats et sur les délits, proposées par Servius aux comices par curies. Il n'y a pas, dit-on, à tenir compte de cette assertion : Denys a, suivant son usage, reproduit le récit de certains annalistes qui se plaisaient à embellir l'œuvre des rois (2). Mais voici un passage de Tite-Live qui est caractéristique. Dans son récit du procès d'Horace, meurtrier de sa sœur, fiancée à l'un des Curiaces, Tite-Live dit que le roi désigna des duumvirs pour juger l'accusé. L'acte par lequel le roi nomma ces duumvirs et spécifia la nature du crime imputé à Horace, est qualifié loi. Cette loi est bien l'œuvre personnelle du roi, et fut rédigée pour la circonstance : on peut s'en convaincre en lisant dans Tite-Live les dispositions qu'elle contenait. Mais aussitôt après, lorsque la condamnation fut prononcée, Horace, dit Tite-Live, en appela au peuple en invoquant l'autorité du roi qui avait fait preuve d'indulgence dans l'interprétation de la loi (3). Quelle est la loi dont Tullus fut ici l'interprète? Ce n'est pas celle par laquelle il avait institué les duumvirs : elle n'avait pas besoin d'interprétation, puisqu'elle réservait expressément la faculté d'appel. La loi, interprétée par Tullus, contenait une règle obligatoire pour tous, même pour le roi. Elle émanait par conséquent d'une autorité supérieure à celle du roi : les comices curiates. Le récit de Tite-Live nous paraît prouver l'existence d'une loi curiate en matière criminelle.

Y a-t-il en matière civile quelque trace de dispositions établies par les curies? L'une des expressions que l'on rencontre le plus fréquemment dans les textes est celle de « droit des Quirites » (*jus Quiritium*). Cette expression est significative. On s'attendrait plutôt à celle de *jus civile*. Mais la notion d'un droit civil, c'est-à-dire d'un droit établi en faveur de tous les citoyens,

(1) Enchir., D., I, 2, 2, 2; Denys, IV, 13.

(2) Bernhöft, *Staat u. Recht*, 17; Krueger, *Gesch. d. Quellen*, 8.

(3) Liv., I, 26. Le crime commis par Horace pouvait être envisagé à plusieurs points de vue et tomber sous le coup de lois différentes. On pouvait y voir, soit un meurtre, soit un acte attentatoire à la sécurité publique, l'acte d'un ennemi de l'État. En adoptant cette seconde qualification, le roi donna à l'accusé la chance d'échapper à la peine prononcée contre les meurtriers. Il était difficile de traiter en ennemi de l'État celui qui venait de sauver la patrie. Puis, en évitant de statuer lui-même, en se déchargeant de ce soin sur des duumvirs nommés par le peuple, il réservait à Horace la ressource d'un appel au peuple qui ne pouvait manquer de lui être favorable. Cf. Puntschart, op. cit., 15.

n'apparaît qu'à une époque ultérieure. Il n'en est question qu'après les Douze Tables : c'est le droit créé par les Prudents, par interprétation de la loi décemvirale. Le droit des Quirites est autre chose que le droit civil. Nous verrons bientôt que, selon toute vraisemblance, ce droit a été établi par une loi curiate.

III

LES COUTUMES DES ANCÊTRES.

Si les lois royales et les lois curiates n'ont eu qu'un objet spécial ou très restreint, c'est que les coutumes suffisaient à régler les rapports entre les *gentes* ou entre les membres des familles qui composaient ces *gentes*. C'est le mérite des chefs de l'école historique dans la première moitié de ce siècle, et en particulier de Savigny, d'avoir établi que la coutume est le mode primitif et normal de la formation du droit (1). D'après la théorie qui avait cours au siècle dernier, le droit était considéré comme le produit de la législation; par suite, c'était une création artificielle de l'esprit humain. On reconnaît aujourd'hui que, dans l'enfance des peuples, le droit se forme insensiblement et se compose d'usages, résultant à la fois des besoins et des croyances de chaque peuple. Ce que Savigny n'avait pas aperçu, ce que des recherches nouvelles ont démontré, c'est que la notion de la coutume a subi une transformation analogue à celle que nous venons d'exposer pour la loi (2).

Dans l'opinion des jurisconsultes classiques, la coutume a pour fondement une sorte de convention tacite, elle exprime une règle reconnue et approuvée depuis un temps immémorial par tous les citoyens. Elle équivaut à la loi (3). Elle forme le *jus non scriptum*, par opposition au *jus scriptum*.

Cette conception de la coutume n'est pas la conception primitive.

(1) Savigny, *vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814; *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, p. 18, 34.

(2) Leist, *Græco-italische Rechtsgeschichte*, 596.

(3) Jul., 94 Dig., D., I, 3, 32, 1 : Merito et ea quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Paul, 7 ad Sab., D., eod., 36. Hermogen., 1 Jur. epitom., D., eod., 35 : Sed et ea quæ, longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, *velut tacita civium conventio*, non minus quam ea quæ scripta sunt jura servantur. Ulp., 1 De off. proc., D., eod., 33 : Diuturna consuetudo *pro jure et lege* in his quæ non ex scripto descendunt, observari solet. Cf. Inst., I, 2, 9.

La coutume n'a été assimilée au droit (*jus*), elle n'a pu être considérée comme *jus non scriptum,* qu'à une époque postérieure à celle où l'on a admis le *jus scriptum.* Antérieurement, alors qu'il n'y avait pas de droit promulgué par les hommes, la coutume se rattachait aux croyances religieuses, et avait pour fondement la volonté présumée des dieux. De même qu'il y a eu des lois inspirées par les dieux et sanctionnées par des peines religieuses, et des lois établies et sanctionnées par les hommes, de même la coutume a été considérée comme puisant sa force dans la volonté des dieux, avant d'être fondée sur l'approbation tacite du peuple. Festus a conservé le souvenir de cette conception première dans sa définition de la coutume (1) ; et il subsiste à l'époque historique plusieurs institutions qui n'ont d'autre fondement que cette sorte de coutume : il suffira de citer la famille et le mariage. Les écrivains latins invoquent fréquemment ces coutumes, qui remontent à une époque antérieure à la fondation de la cité. Ils les appellent les coutumes des ancêtres, *mores majorum* (2).

Cette conception de la coutume n'a rien de particulier aux Romains : on la retrouve chez les peuples gréco-italiques (3) ; et, chez eux comme à Rome, elle s'est transformée pour devenir l'équivalent des lois établies par les hommes. C'est du moins ce qui eut lieu à Sparte; à Athènes, la coutume a été de bonne heure écartée comme mode de formation du droit (4).

CHAPITRE III

Les institutions juridiques.

Le dualisme, que nous avons constaté dans les sources du droit à l'époque royale, se retrouve dans les institutions juridiques. Elles ont, en général, un caractère mixte et sont régies, partie par

(1) P. Diac. : *Mos* est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones cærimoniasque antiquorum.

(2) Gell., V, 13 : *Mos populi romani ;* Liv., XXXVII, 36 : *Mos romanus.*

(3) Ce sont les ἄγραφα νόμιμα sur lesquelles Démosthène (Aristocr., 70) fonde le droit à la vengeance privée.

(4) C'est l'inverse qui eut lieu à Sparte. Lycurgue dit : Il ne faut pas de lois écrites (Plut., *Lyc.,* 13). A Rome, au contraire, la coutume a coexisté avec la loi. Les Romains du temps de l'empire ont eu conscience de l'analogie qui existait entre les modes de formation du droit admis à Rome, et ceux qui étaient usités à Sparte et à Athènes. (Inst., I, 2, 10.) Mais, à Rome, la coutume équivaut à la loi, tandis qu'à Sparte elle tient lieu de la loi.

le droit théocratique, partie par le droit des curies. Ces institutions sont d'ailleurs dans un état presque rudimentaire. Elles n'ont pas encore cette physionomie particulière sous laquelle elles sont connues depuis près de vingt siècles. La distinction la plus élémentaire, celle du droit de la famille et du droit des biens, n'apparaît pas encore ; à plus forte raison celle des droits réels et des droits de créance, des contrats et des délits. Aussi ne faut-il pas s'étonner que l'on soit parfois obligé, pour traduire la pensée des Romains, d'associer des mots qui, à notre point de vue moderne, expriment des idées très différentes, d'appliquer par exemple la notion de la propriété aux membres de la famille et aux biens patrimoniaux.

Il serait d'ailleurs téméraire de prétendre exposer en détail les institutions juridiques d'une époque sur laquelle nous n'avons pas de renseignements directs. Nous nous contenterons de présenter une vue d'ensemble de la constitution de la famille et de la propriété, en y joignant quelques indications sur la capacité juridique des citoyens et des pérégrins. Pour les autres institutions, telles que l'hérédité et l'obligation, sur lesquelles on n'a guère de données précises que depuis les Douze Tables, il nous paraît préférable d'en renvoyer l'examen au moment où nous étudierons le droit consacré par les décemvirs.

I

LA FAMILLE.

§ 1er. — *La famille patriarcale.*

I. — Aussi haut que l'on remonte dans l'histoire de Rome, on trouve la famille déjà constituée. Elle se compose en principe du père, de la mère et des enfants nés de leur mariage. Elle présente dans son organisation les traits caractéristiques du régime patriarcal : elle est gouvernée par un chef, le père ou l'ascendant paternel mâle le plus âgé. Ce chef est investi d'un pouvoir absolu : il est roi dans sa famille ; il a sur tous les siens le pouvoir de vie et de mort. Mais en même temps, il les couvre de sa protection, et pourvoit à leurs besoins avec le produit des biens qu'il possède dans l'intérêt de la famille.

Dans la famille patriarcale, telle que nous la trouvons à Rome, les enfants ne sont pas toujours, ni de plein droit, membres de la famille. La composition de la famille n'est fixée ni par la loi, ni

même par la coutume : elle est réglée par le chef de famille : sa volonté joue ici un rôle prépondérant. En droit français, l'enfant, né en légitime mariage, fait de plein droit partie de la famille. A Rome, le mariage ne produit à lui seul aucun effet juridique. C'est le chef qui décide si l'enfant, qui vient de naître de sa femme ou de la femme d'un de ses fils, ou petits-fils issus d'un fils, doit être admis dans la famille. Lui seul aussi a le droit d'exclure de la famille ceux qui en font partie; le fils peut en sortir par une *abdicatio,* la fille par un mariage, la femme par une répudiation. Son consentement est nécessaire pour le mariage de ses enfants, quel que soit leur âge; il peut leur imposer le divorce. En un mot, on n'entre ou l'on ne sort de la famille que par sa volonté.

Il suit de là que la notion de la parenté diffère profondément de celle du droit moderne. A vrai dire, la notion de parenté n'existe pas, ou du moins elle n'est prise en considération qu'entre personnes appartenant à la même maison, par conséquent soumises à un même maître. Il n'est pas d'ailleurs indispensable qu'elles soient unies par les liens du sang. A Rome, à l'époque antique, la parenté est, en général, confondue avec la soumission au droit du maître de maison; elle porte le nom d'agnation (1). Nous aurons plus tard à marquer la différence qui sépare la maison de la famille : nous expliquerons à cette occasion ce qu'est l'agnation. Nous verrons alors que l'enfant n'a de rapport d'agnation qu'avec ses ascendants paternels et leurs descendants par les mâles, parfois avec sa mère, si elle est *in manu.* Il n'en est pas comme dans la famille moderne, où l'enfant a des rapports de parenté avec ses père et mère et avec les parents de l'un et de l'autre.

II. — La famille patriarcale et la famille moderne ont ceci de commun qu'elles reposent toutes deux sur le mariage. Mais le mariage dans la première, chez les peuples de race aryenne, a une raison d'être spéciale : la procréation des enfants est un moyen d'assurer la perpétuité du culte des ancêtres. Ce culte s'adresse particulièrement aux ascendants, qui ont gouverné la famille avant le chef actuel et dont le souvenir est encore présent : le père, le grand-père, l'arrière-grand-père (2). Les ancêtres d'un degré plus éloigné sont honorés ensemble et indistincte-

(1) S. Maine, *Études sur l'histoire des institutions primitives,* trad. fr., 1880, p. 86.

(2) Leist, *Altarisches* jus gentium, 193; S. Maine, *L'ancien droit,* 77 ; Fustel de Coulanges, *La cité antique,* liv. I, c. I; Tylor, *La civilisation primitive,* 1878, p. 147.

ment. C'était une croyance très ancienne que le chef d'une famille continuait après sa mort à la protéger. Il devenait la divinité tutélaire, le génie protecteur, pourvu qu'on eût soin de se le rendre propice par des sacrifices et des libations. Les Romains, comme les Grecs et les Hindous, pensaient que les morts avaient des besoins analogues à ceux des vivants. C'est pour cela qu'on enterrait avec eux leurs vêtements et leurs armes, qu'on faisait sur leurs tombes des libations de lait et de vin, qu'on y déposait des gâteaux et des fruits. Dans l'opinion des anciens, l'homme ne jouissait, après la mort, d'une existence bienheureuse, et ne devenait un dieu que si les vivants lui offraient régulièrement ce repas funèbre. « Les morts, dit Lucien (*De luctu*), se nourrissent des mets que nous plaçons sur leur tombeau et boivent le vin que nous versons, en sorte qu'un mort à qui l'on n'offre rien est condamné à une faim perpétuelle. » Si l'on négligeait d'accomplir ce devoir, l'âme du défunt sortait du tombeau pour tourmenter les vivants (1), jusqu'à ce qu'on lui eût apporté sa nourriture. Le chef de famille avait le devoir d'assurer le maintien du culte; il y était même personnellement intéressé, puisqu'après sa mort il aurait besoin à son tour qu'on accomplît sur sa tombe les cérémonies funèbres.

Pour atteindre ce but, le mariage s'imposait comme une nécessité. Denys dit que, parmi les anciennes lois de Rome, il en était une qui interdisait le célibat (2). Les fils étaient les continuateurs naturels du culte domestique. Il n'en était pas de même des filles, qui, par leur mariage, changeaient de culte et de famille. Aussi était-il de règle que le culte de la famille ne se continuait que par les mâles. Celui qui n'avait pas de fils ni de petit-fils avait le devoir de choisir, par testament, un héritier continuateur de son culte et de sa maison, mais son choix était soumis au collège des pontifes et aux comices curiates. Que s'il était le dernier survivant de sa *gens* et que, en raison de son âge, il ne pût espérer des enfants, il avait la ressource d'adroger un de ses concitoyens, avec l'agrément des pontifes et du peuple. On obviait ainsi à l'extinction du culte et du nom de la *gens*.

III. — Dans la famille patriarcale le père seul a la puissance paternelle. Tous les membres de la famille sont soumis à son autorité, il a sur eux un pouvoir de vie et de mort. Ce pouvoir n'est pas, comme on le croit généralement, une création de la loi civile. Les auteurs anciens en attribuent l'institution à une loi

(1) Ovide, Fast., II, 547.
(2) Cic. De leg., III, 2; Denys, IX, 22.

royale (1) ; il aurait par conséquent pour fondement le droit inspiré par les dieux. En réalité, il dérive de coutumes antérieures à la fondation de la cité, et se retrouve chez bien d'autres peuples, particulièrement chez les peuples de race aryenne. Gaius prétend, il est vrai, que dans aucune autre nation, si ce n'est chez les Galates, il n'existe une puissance paternelle organisée comme à Rome. Cette assertion n'est pas entièrement exacte. Nous avons aujourd'hui des sources d'information qui faisaient défaut à Gaius. Nous connaissons l'organisation sociale de certains peuples avec lesquels les Romains avaient peu ou point de relations (2). Nous savons que, chez les Hindous, la puissance paternelle était, comme à Rome, dans un rapport étroit avec le culte des ancêtres, et qu'elle y était constituée de la même manière. Nous n'irions pas cependant jusqu'à dire que le culte des ancêtres a engendré la puissance paternelle : il est probable que la puissance paternelle est antérieure à l'établissement de ce culte. Dans la province de Pendschab, où se fixèrent pour la première fois les Aryens lorsqu'ils vinrent de leur patrie d'origine dans les plaines de l'Inde, le culte des ancêtres, dit S. Maine, n'est qu'une superstition comparativement obscure, et cependant la constitution de la famille y est analogue à celle de Rome (3).

Si la puissance paternelle, chez les Romains, n'est pas une création de la loi civile, ce n'est pas à dire qu'elle ne présentât dans son organisation un caractère distinctif qui, au temps des Antonins, n'existait pas chez les autres peuples. A Rome, le père de famille conserve la puissance paternelle toute sa vie, quels que soient l'âge et le rang social de ses enfants, et alors même qu'il n'aurait plus la vigueur d'esprit et de corps nécessaire au bon gouvernement de la famille. En Grèce, au contraire, la puissance paternelle prend fin lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité. Les Grecs ont cru devoir abandonner ici les règles propres au régime patriarcal : les Romains y sont restés fidèles. Le trait caractéristique de la puissance paternelle, à Rome, loin d'être une création originale, n'est que le résultat de l'observation scrupuleuse de la tradition. Mais cette tradition elle-même, comment s'est-elle établie? Comment les hommes des premiers âges ont-ils pu admettre que le père gardât, sa vie durant, la

(1) Denys, II, 26; Pap., Ad leg. Jul. de adult., Coll. leg. Mos., IV, 8; Ulp., 26 ad Sab., D., I, 6, 8 pr.

(2) S. Maine, *L'ancien droit,* 128; *Études sur l'histoire du droit,* 451. Cf. pour l'ancien droit germanique, Heusler, *Institutionen des deutschen Rechts,* 1885, II, 431.

(3) S. Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive,* trad. fr., 1884, p. 105; Leist, *Altar.* jus gentium, 45; Kohler, Z. f. Vg. Rw., VII, 201.

puissance sur tous les siens? L'idée de puissance n'impliquait-elle pas à leurs yeux l'idée de force physique? Assurément, mais des témoignages, qui ne semblent pas contestables, prouvent que, dans les sociétés primitives, on n'hésitait pas à tuer les vieillards hors d'état d'exercer leur pouvoir (1).

Un revirement d'opinion se produisit de bonne heure à l'égard des hommes âgés. A défaut de la force physique, ils avaient la sagesse, l'expérience de la vie, qualités précieuses dont il était bien imprudent de se priver. Déjà, dans Homère, les vieillards sont entourés de respect. A Rome, dès l'origine, les hommes âgés (*seniores*) composent le sénat. Mais autre chose est prendre conseil des vieillards, autre chose leur conserver le gouvernement de la famille.

Pourquoi les Romains n'ont-ils pas, à l'exemple des Grecs, limité la durée de la puissance paternelle? A un certain degré de civilisation, le maintien de ce pouvoir sur les enfants, quels que soient leur âge et la maturité de leur esprit, est difficile à admettre. Les Romains l'ont si bien compris eux-mêmes qu'ils ont admis, en droit public, la capacité des fils de famille. S'il en fut autrement dans le droit privé, cela tient aux mêmes causes qui firent maintenir le groupement des membres de la famille. Chez un peuple de cultivateurs, comme l'étaient les Romains des premiers siècles, la réunion des efforts de tous les membres de la famille était indispensable pour mener à bien la culture des terres. Chez des peuples adonnés au commerce, à l'industrie, à la chasse ou à la pêche, il n'en est plus de même. Chaque membre de la famille peut, lorsqu'il se sent la force et l'expérience nécessaires, agir isolément suivant son inspiration, et trouver de quoi suffire à ses besoins. C'est pour cela que le principe de l'incapacité civile des fils de famille a été de bonne heure abandonné par les Grecs, parce que chez eux les conditions de la vie étaient toutes différentes.

Mais du jour où le commerce prit une certaine extension à Rome, le fils de famille fut réputé capable de s'obliger, et, sous l'Empire, il put avoir en propre certains biens, notamment ceux qu'il avait acquis au service militaire. En même temps, l'usage se répandait de confier aux fils l'administration d'un pécule, comprenant une portion plus ou moins grande du patrimoine paternel. Ils acquirent ainsi peu à peu une indépendance de fait, qui rendit tolérable le gouvernement patriarcal de la famille.

IV. — A la mort de son chef, la famille se démembre. Les

(1) S. Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 36.

enfants deviennent, à leur tour, les chefs de familles nouvelles, indépendantes les unes des autres. Ils restent cependant toujours unis par les liens de l'agnation et même, dans l'État patricien, par les liens de la gentilité; mais ces liens sont très lâches; il n'y a pas d'autorité commune qui commande aux chefs de la famille.

V. — C'est une question aujourd'hui très débattue que celle de savoir si la famille patriarcale peut être considérée comme présentant les caractères primitifs de la famille dans l'humanité. D'après une opinion qui compte bon nombre de partisans (1), il y aurait trois types de familles distincts : la famille primitive, la famille patriarcale, la famille moderne. La famille primitive différerait de la famille patriarcale par sa composition, par son fondement, par ses effets quant à la formation des rapports de parenté, par son gouvernement.

La famille primitive comprend uniquement la mère, ses enfants et petits-enfants : le père y demeure étranger. Elle repose uniquement sur le fait de la maternité. La paternité est un fait qui ne se révèle pas extérieurement et qui, dit-on, n'a pas dû être considéré comme générateur d'un droit par des peuples encore grossiers. La maternité, au contraire, résulte d'un fait facile à établir : le fait de l'accouchement. Elle seule a dû créer un droit entre l'enfant et sa mère.

Dans la famille primitive, l'enfant n'a de rapports de parenté qu'avec sa mère et avec les parents de sa mère : la seule parenté que l'on connaisse est la parenté par les femmes. C'est le régime du matriarcat (2).

La famille avait à sa tête la mère ou l'aïeule; mais, en réalité, elle était gouvernée par le frère de l'une ou de l'autre. Ordinairement le frère aîné remplissait la fonction de père, c'est-à-dire de protecteur, dans une organisation sociale où le devoir de protection n'était pas une conséquence de la paternité.

En marquant les différences qui séparent la famille primitive de la famille romaine, nous n'avons pas l'intention de prendre parti sur le point de savoir si l'existence de ce type de famille est

(1) Bachofen, *Das Mutterrecht*, 1861; *Antiquarische Briefe*, 1880-1886; J. Mac-Lennan, *Primitive Marriage*, 1865; Lewis-Morgan, *System of consanguinity und affinity in the human family*, 1876, p. 486; Post, *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit*, 1875; Dargun, *Mutterrecht und Raubehe*, 1883; Lippert, *Die Geschichte der Familie*, 1884. Cf. Esmein, note sur Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 1885, p. 30; Bourcart, note sur Muirhead, *Introd. histor.*, 575. Giraud-Teulon, *Les origines de la famille*, 1874. Cette opinion a été combattue notamment par S. Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*, 435, et par Leist, *Altar.* jus gentium, 586.

(2) L'établissement du matriarcat a été précédé d'une période pendant laquelle la notion de la famille était inconnue : dans chaque tribu hommes et femmes vivaient dans une complète promiscuité. Voy. Hellwald, *Die menschliche Familie*, 1889, p. 121.

certaine. C'est Bachofen qui, le premier, en 1861, a soutenu que la famille primitive était caractérisée par le « droit de la mère ». A l'appui de cette opinion, on a cité un certain nombre d'observations faites par les voyageurs qui ont décrit les coutumes de peuplades vivant aujourd'hui encore à l'état sauvage; mais les partisans les plus décidés de cette manière de voir reconnaissent que ces documents ne sont ni complets, ni suffisamment sûrs (1). On doit cependant remarquer que l'étude comparée des langues indo-européennes révèle l'existence d'une série de mots dont la signification originaire ne s'explique bien qu'en admettant l'idée de la parenté par les femmes (2).

En supposant démontré que le père n'eût pas sa place marquée dans la famille primitive, comment expliquer l'avènement du régime patriarcal (3)? L'introduction du mariage, c'est-à-dire de l'union durable entre l'homme et la femme, a dû coïncider avec l'établissement du régime agricole. En s'attachant à la terre, l'homme a senti le besoin d'avoir des enfants à qui il pourrait laisser le fruit de son labeur. Les liens qui unissaient le cultivateur à la mère de ses enfants se sont resserrés. Hésiode dit que

(1) Post pense toutefois que « bientôt l'antériorité du système du droit de la mère pourra être prouvée d'une façon irréfutable ». (*Studien zur Entwickelungsgeschichte des Familienrechts*, 1890, p. 7.) Bernhöft ne partage pas cet espoir : « Le pur droit de la mère ou le pur droit du père n'a pas été démontré, et je doute fort qu'il le soit jamais. » (Z. f. vgl. Rw., 1890, VIII, 401.)

(2) *Filius* veut dire nourrisson (Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 93) : ce mot désigne par conséquent le rapport de l'enfant avec sa mère. *Consobrinus* signifie fils d'une sœur. (Bréal, 356.) *Frater*, φράτηρ, signifiait primitivement protecteur; les Grecs désignaient plus ordinairement le frère par le mot ἀδελφός, qui veut dire frère utérin. *Avunculus*, oncle maternel, est le diminutif de *avus*, masculin de *avia*. N'est-ce pas une indication de la nature du rapport qui existe entre le frère de l'aïeul et ses neveux et nièces? L'oncle et l'aïeule doivent veiller sur les enfants et petits-enfants. La sœur de la mère s'appelle *matertera*. Ce mot, ainsi que le mot *avunculus*, n'aurait pas eu de raison d'être sous le régime patriarcal, qui ne tenait aucun compte de la parenté par les femmes. Voici maintenant des mots qui appartiennent à une période de transition, où le mari entrait parfois dans la famille de la femme, où la femme entrait parfois dans la famille du mari. Le mot gendre (*gener*, γαμβρός) caractérise la situation du mari vis-à-vis du père de la femme : c'est l'homme qui entre dans une famille pour procréer des enfants. Ce mot n'aurait pas eu de raison d'être dans le régime patriarcal, où le mari n'est jamais de la famille de sa femme. En sens inverse, le mot *leviri* (δαέρες) fait allusion aux rapports de la femme avec les frères de son mari. Il suppose donc que la femme peut entrer dans la famille de son mari, sans doute à la suite d'un rapt ou d'une vente. (Cf. Schulin, *Lehrb.*, 167.) Lorsque le régime patriarcal s'est généralisé, la signification de ces mots a été étendue à la parenté par les mâles, et par là même dénaturée. On trouve cependant un mot spécial pour désigner l'oncle paternel (*patruus*) et la tante paternelle (*amita*), mais on a fini par appeler *avunculus* le frère du père aussi bien que celui de la mère. Cf. Bernhöft, *Sprachvergleichung und Urgeschichte*. (Z. f. vgl. Rw., 1890, IX, 210.)

(3) La difficulté est supprimée par certains auteurs qui soutiennent que, dans un grand nombre de sociétés, on ne retrouve aucune trace de la famille patriarcale Cette opinion a été réfutée par S. Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*, 443.

la première famille fut composée de la femme et du bœuf de labour (1). La mère et les enfants sont restés sur la terre où le père avait fixé sa demeure, et ont formé avec lui un groupe dont il était le souverain et le protecteur. Au surplus, la notion de la famille primitive ne se retrouve pas nécessairement chez tous les peuples. Les Juifs, tout au moins, ont, dès l'origine, fait reposer la famille sur le mariage. La Genèse présente le mariage comme une institution divine, comme un fait primordial, antérieur à toute société.

§ 2. — La *gens*.

La *gens* est une association plus large et plus durable que la famille. Elle comprend, nous l'avons vu, l'ensemble des personnes qui se rattachent à un ancêtre commun. D'autre part, l'existence de la *gens* n'est pas limitée à celle de son fondateur : la *gens* peut se renouveler tout entière sans cesser d'exister.

La communauté d'origine n'est pas le seul lien qui unisse entre eux les membres de chaque *gens*. Un lien plus puissant les retient les uns auprès des autres : la communauté d'intérêts. C'est là ce qui donne à la *gens* le caractère d'un groupe, d'une corporation. La communauté d'intérêts des membres de la *gens* se manifeste à divers points de vue :

1° D'abord par la communauté de culte, de sanctuaire, d'autel, de fêtes. Ce culte consistait à honorer les mânes des ancêtres. La mémoire des fondateurs des *gentes* ne s'est pas conservée chez les Romains comme chez les Grecs. Dans la plupart des *gentes*, le culte s'adressait à une divinité, à laquelle elles essayent de se rattacher par une généalogie fictive : c'est, par exemple, Diane, Vénus, Minerve ou Hercule.

Le culte gentilice avait, aux yeux des Romains, une importance qui ressort des quelques renseignements qui nous sont parvenus. Dans la discussion de la loi Canuleia, l'argument principal des patriciens, c'est qu'en autorisant le mariage des plébéiens avec les patriciens, on ne saura plus à quel culte appartiennent les enfants. Tout acte qui doit entraîner la confusion des cultes doit être proscrit, à moins d'une autorisation de l'État. Négliger le culte gentilice, c'était commettre un crime capital (2).

Les cultes gentilices avaient un caractère purement privé (3). Il ne faut pas les confondre avec les cultes publics dont cer-

(1) Arist., *Pol.*, I, 3, 6.
(2) Cat. Ap. Fest., v° *Stata*. Denys, XX, 13, 2. Cf. Mommsen, III, 20.
(3) Festus, v° *Publica sacra*.

taines *gentes* s'étaient chargées au lieu et place et sur la demande de l'État. C'est ainsi que la *gens* Pinaria et la *gens* Potitia étaient chargées des cultes publics en l'honneur d'Hercule, la *gens* Fabia et la *gens* Quinctilia de ceux de Faunus Lupercus. Quant au culte des cités soumises par les Romains, il se conservait comme un culte privé dans certaines familles, ou il était consacré par l'État comme culte public (1).

2° Il existe entre les membres de chaque *gens* une solidarité qui se manifeste surtout par des devoirs d'assistance et de surveillance mutuelles. Si l'un des *gentiles* est captif chez l'ennemi et hors d'état de payer sa rançon, s'il ne peut acquitter une amende qui lui a été infligée (2), ni subvenir aux dépenses que lui occasionne l'exercice d'une magistrature ou d'un sacerdoce publics, la *gens* viendra à son secours (3); s'il a besoin de protection, par exemple, s'il est fou ou impubère, les autres doivent le défendre (*cura furiosi, tutela*); s'il est tué par imprudence, ses agnats ont, en vertu d'une loi attribuée à Numa, le droit d'exiger un bélier qu'ils immoleront à la place du coupable (4).

Le *gentilis* dont la conduite était répréhensible, ou qui ne se conformait pas aux usages de la *gens,* encourait le blâme du conseil de la *gens* (5). Un décret de la *gens* Manlia défendit l'emploi du prénom Marcus, qui avait été porté par M. Manlius Capitolinus, condamné pour haute trahison en 370 (6). Cette décision, prise contre un mort, permet de croire que si le *gentilis* eût vécu, on l'aurait chassé de la *gens*. L'exclusion de la *gens* et, dans les cas moins graves, l'exclusion du culte, tels devaient être les moyens de contrainte indirects, dont la *gens* disposait à l'égard de ceux de ses membres qui manquaient à leurs devoirs. Cette surveillance mutuelle des membres de chaque *gens* eut pour effet de maintenir parmi les patriciens la simplicité et la pureté des mœurs (7).

3° L'unité de la *gens* ressort également de l'existence de certaines coutumes propres à chaque *gens* (8). C'est un souvenir de

(1) Cincius in Arnob., III, 38.
(2) Appien, Hann., 28. Denys, XIII, 5; Dion., Fr., XXIV, 6.
(3) Denys, II, 10. Liv., X, 32, 38, 60.
(4) Serv., ad Virg. Ecl., IV, 43.
(5) Liv., VI, 20 : *nota gentilicia*.
(6) Cf. Val. Max., III, 5, 1. En 587, on interdit au fils du premier Scipion l'Africain l'exercice de la censure, et on lui retira du doigt l'anneau de famille.
(7) Cic., De Rep., II, 34 : cum honore longe antecellerent ceteris, voluptatibus erant inferiores.
(8) Denys, IX, 22; Tac., Ann. XII, 25; Suet., Claud., 39; Plin., H. n., VIII, 5; XIX, 1.

l'époque où les *gentes* vivaient isolées et indépendantes. Elles avaient pour but soit d'assurer la perpétuité de la *gens* en proscrivant le célibat, en défendant d'exposer les enfants, soit de conserver son influence et ses droits sur les clients, en soumettant à une autorisation préalable le mariage des femmes appartenant à la clientèle de la *gens* avec un membre d'une autre *gens* (*ecnuptio*).

4° Unis pendant leur vie, les membres de la *gens* ne sont pas même séparés par la mort : ils sont tous enterrés dans le même tombeau (1).

Tous ces faits concourent à démontrer l'unité primitive de la *gens*. Il reste à établir qu'elle formait un groupe se suffisant à lui-même, ayant son administration particulière, son patrimoine propre ; en un mot, qu'on peut concevoir une époque où les *gentes* étaient indépendantes.

Les chefs des familles qui composent les *gentes* romaines nous apparaissent, dès l'origine, comme indépendants les uns des autres. La *gens* n'a pas de chef : c'est un corps sans tête. Il n'en a pas toujours été ainsi. Si, au point de vue du droit privé, le chef de la *gens* a disparu, il subsiste encore au point de vue religieux, aussi bien qu'au point de vue politique. C'est lui qui est le prêtre de la *gens* et qui est chargé d'accomplir les cérémonies sacrées dans la chapelle ou sur les autels particuliers de la *gens*. Il doit le faire même au péril de sa vie. Lors du siège de Rome par les Gaulois, C. Fabius Dorsa n'hésita pas à sortir de la ville, à traverser les postes ennemis, pour aller sur le Quirinal offrir le sacrifice institué par la *gens* Fabia (2).

C'est aussi le chef de la *gens* qui devait être son représentant au sénat jusqu'au jour où, par suite de l'accroissement du nombre des *gentes*, on confia au roi le droit de choisir les membres du sénat. Le chiffre primitif des sénateurs nous donne en même temps celui des *gentes* : il y en avait cent. Le nom qu'ils portaient (*seniores*) indique que la direction de la *gens* appartenait au plus âgé de ses membres (3). Lorsque, dans une circonstance critique, on vit une *gens* se charger de soutenir, par ses propres forces et à ses frais, la guerre contre Véies, c'est l'un de ses principaux membres, le consul Fabius, qui, parlant au nom de tous, vint

(1) Cic., De leg., II, 22 ; Tusc., I, 7 ; Denys, II, 14 ; Val. Max., IX, 2, 1.
(2) Liv., V, 46, 52 ; Val. Max., I, 1, 11. Cf. Liv., XXII, 18 ; Val. Max., II, 14, 5.
(3) Serv., Ad Æn., VIII, 105 ; Quint., I, 6, 33. D'après Mommsen, III, 18, le représentant de la *gens* au sénat fut toujours choisi par le roi ; mais le pouvoir du roi, d'abord limité, parce que chaque *gens* devait avoir un représentant, s'exerça par la suite sans restriction. Willems (*Le sénat*, I, 26) pense que le sénat comprit d'abord tous les chefs de famille *seniores* patriciens.

offrir au sénat les services de la *gens* (1). De même, lorsque la *gens* Claudia vint de la Sabine s'établir à Rome, nous la voyons dirigée par l'un de ses membres, Atta Clausus, que Suétone appelle *princeps gentis* (2).

A côté du chef de la *gens* était un conseil de famille, composé vraisemblablement de tous les *patres*. Le chef prenait son avis sur les questions importantes qui intéressaient la communauté (3). Ce conseil a conservé quelques-unes de ses attributions, même en droit privé. C'est lui qui décide s'il y a lieu de nommer un curateur à un membre de la *gens* atteint de démence, ou de provoquer l'interdiction d'un prodigue; c'est également lui qui surveille la gestion des tuteurs et des curateurs (4).

La *gens* avait un patrimoine qui appartenait en commun à tous ses membres. Il subsiste des traces assez notables de cet état à l'époque historique : la contiguïté des terres appartenant aux membres d'une même *gens* en est une preuve incontestable. Il en est de même du droit de succession *ab* intestat attribué par la loi des Douze Tables aux *gentiles* (5).

Telle était l'organisation primitive des *gentes* italiques, antérieurement à la constitution des cités (6). Si l'on en trouve dans la Rome antique des traces reconnaissables, elle a subi déjà des modifications profondes. Au début de l'époque historique, la *gens* romaine a commencé à se démembrer (7). Si elle a encore un chef pour présider au culte ou pour la représenter au sénat, on ne voit pas qu'elle en ait un pour maintenir l'ordre dans son sein. A l'autorité d'un seul on a substitué l'autorité collective de l'assemblée des *gentiles* (8). Cette autorité se manifeste, comme autrefois, soit par des mesures de protection, soit par des mesures disciplinaires.

Ce qui a favorisé le démembrement des *gentes*, c'est l'attribution de l'*heredium* à chacun des hommes, c'est-à-dire des pères de famille composant la *gens* (9). Tous les citoyens eurent désormais, dans l'enceinte de la ville, un domicile distinct, consacré par la religion. Dans chacune de ces maisons on alluma un foyer nou-

(1) Liv., II, 48; Denys, IX, 15.
(2) Suet., Tib., 1; Denys, V, 40.
(3) Denys, IX, 15.
(4) Cf. Voigt, II, 758.
(5) Mommsen, III, 27 (29).
(6) Cf. Bloch, op. cit., 105.
(7) Cf. Fustel de Coulanges, op. cit., liv. IV, c. v.
(8) Ihering, I, 260, pense que la *gens* n'a jamais eu une constitution monarchique; son organisation aurait toujours été républicaine. Contra Voigt, II, 773.
(9) *Viritim,* dit Varron, R. r., I, 10.

veau : ce fut là l'origine des cultes domestiques. Le démembrement des *gentes* s'accentua à partir de la seconde moitié du troisième siècle, lors de l'appropriation des terres gentilices. Le principe de l'indépendance des chefs de famille, bien que restreint à plusieurs points de vue, fut pour la *gens* un élément dissolvant, le point de départ de l'évolution qui substitua au droit gentilice le droit individuel.

La *gens* aurait pu conserver son unité, si on l'avait traitée comme une personne juridique ; mais la notion de personne juridique est étrangère au droit ancien (1). Les *sodalitates* offraient quelque chose d'équivalent ; mais elles reposaient sur un fondement différent de celui de la *gens :* ce sont des associations artificielles consacrées par la loi, et formées par la volonté des membres qui les composent. La soumission à un *magister* était ici sans danger, puisqu'elle était la conséquence d'une détermination qu'ils avaient prise en toute liberté. Il en était tout autrement dans une association naturelle. La *gens,* privée de la faculté d'agir, est un corps inerte à qui la vie juridique est refusée. Le défaut de personnalité de la *gens* eut pour conséquence de rendre ses biens juridiquement inaliénables. Aucun membre de la *gens* n'ayant qualité pour agir au nom de tous, la translation régulière de la propriété ne pouvait s'effectuer.

Malgré ces causes d'affaiblissement, la *gens* est restée un rouage important de l'organisme social, même après la formation de la cité. Il importait d'en connaître la nature primitive, pour comprendre la place considérable qu'elle occupe dans l'État à l'époque royale. Les progrès du droit ont été en raison inverse de la puissance des *gentes;* sa sphère d'application, d'abord très limitée, s'est étendue à mesure que l'on a vu s'accentuer la décadence des *gentes* patriciennes.

II

LA PROPRIÉTÉ.

§ 1er. — *Notion antique de la propriété à Rome.*

La propriété présente à Rome une physionomie différente suivant l'époque où on l'envisage. Comme les autres institutions, elle

(1) Voy. Kuntze, II, 166.

n'a pas échappé à l'influence des changements survenus dans l'organisation sociale. Cependant, il n'est pas rare d'entendre dire que la propriété eut, dès l'origine, les caractères qui la distinguent à la fin de l'époque classique et dans le droit de Justinien. Par un singulier privilège, dont l'histoire n'offre pas d'autre exemple, les Romains se seraient du premier coup élevés à l'idée de la propriété individuelle, non seulement pour les objets mobiliers, mais aussi, ce qui est bien autrement grave, pour la terre. La propriété foncière n'aurait pas revêtu chez eux ces formes multiples que l'on remarque chez d'autres peuples. Sans avoir eu à traverser la phase de la communauté agraire et de la propriété familiale, ils auraient, de tout temps, conçu la propriété comme un droit exclusif, absolu, perpétuel (1). L'étude des textes ne nous semble pas confirmer cette assertion.

Pour apprécier l'importance de la question, jetons un coup d'œil sur les formes variées sous lesquelles la propriété foncière apparaît dans l'histoire. On peut les ramener à trois types principaux : la communauté agraire, la propriété familiale, la propriété individuelle (2).

Dans les sociétés primitives, l'homme ne cherche pas à s'approprier la terre. Le sol sur lequel s'est fixée une tribu reste à la disposition de tous les membres de la tribu. Tantôt ils l'exploitent en commun : dans ce cas les fruits se partagent suivant une quotité déterminée. Tantôt on donne à chaque famille, par la voie du sort, une portion du sol pour le cultiver pendant un temps limité, au bout duquel elle fait retour à la tribu. Ici, la quotité des fruits qui revient à chaque famille

(1) On donne ordinairement de la propriété la définition suivante : « Dominium est jus utendi, fruendi, abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur. » Il n'est pas inutile de noter que cette définition ne se trouve ni dans les écrits des jurisconsultes, ni dans les compilations de Justinien ; elle a été imaginée par les commentateurs modernes. On se tromperait étrangement en attachant au mot *abuti* le sens que lui donnent les jurisconsultes, c'est-à-dire celui de consommer par l'usage. (Cf. ULP., 18 ad Sab., D., VII, 5, 5.) Ici, il signifie : faire de la chose un usage définitif, et cela d'une manière quelconque, non seulement en la consommant, mais aussi en la détruisant ou en la transmettant à un autre. C'est du latin de convention qui n'a de sens que pour les initiés.

(2) Cf. FUSTEL DE COULANGES, Recherches sur cette question : *Les Germains connaissaient-ils la propriété des terres?* Cp[tes] R. Acad. des sc. morales, 1885, t. 123, p. 757. Ce mémoire a donné lieu à une importante discussion à laquelle ont pris part MM. GEFFROY, GLASSON, AUCOC et RAVAISSON. Au cours de cette discussion, dont on trouvera le compte rendu au t. 124, on a traité incidemment la question de la propriété foncière à Rome. Cf. DE LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, 1874 ; *La propriété collective du sol*, 1886. GARSONNET, *Histoire des locations perpétuelles*, 1875, p. 59 ; VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, 1886, p. 471 ; IHERING, I, 205 ; S. MAINE, *L'ancien droit*, p. 230 ; DARGUN, *Ursprung und Entwickelungsgeschichte des Eigenthums* (Z. f. vgl. Rw., V, 84).

dépend de son travail, des soins qu'elle aura apportés à la culture. Dans ce régime, les membres de la communauté n'ont qu'un droit de jouissance temporaire; ils ne peuvent en disposer ni par acte entre vifs, ni par testament; ils ne peuvent ni le vendre, ni le donner, ni le transmettre à leurs enfants ou à tout autre héritier. Le droit est essentiellement attaché à la personne : il est inaliénable et intransmissible.

Il en est autrement dans le régime de la propriété familiale : chacun des chefs de famille reçoit une portion du sol pour une durée indéfinie ; il la conservera toute sa vie, et, à sa mort, elle passera à ses enfants. La terre restera ainsi dans la famille en se transmettant de génération en génération. Dans un seul cas elle fera retour à la tribu : lorsque le chef de famille ou ses descendants mourront sans postérité. La propriété étant ici attribuée non à un individu, mais à une famille, à tous les enfants nés ou à naître, il en résulte que le chef actuel de cette famille ne peut disposer de la terre au préjudice de ses enfants ; il ne peut ni la vendre, ni la donner, ni la transmettre par testament. La propriété familiale est donc inaliénable, tout aussi bien que le droit de jouissance du régime de la commuaauté agraire ; mais elle est héréditaire, et c'est là son caractère distinctif. Toutefois le principe de l'hérédité n'est pas admis ici d'une manière absolue. La propriété familiale se transmet de mâle en mâle ; les femmes sont exclues. Cette restriction était nécessaire pour conserver les biens dans la famille; la femme, par son mariage, aurait pu transporter dans la famille de son mari la propriété qui avait été attribuée exclusivement à sa famille d'origine.

Dans le régime de la propriété individuelle, toutes ces entraves disparaissent. Le propriétaire peut librement disposer de sa chose ; il peut l'aliéner, il peut la transmettre par testament à qui bon lui semble. C'est le régime qui prévaut dans nos sociétés modernes ; on dit que les Romains n'en ont pas connu d'autre : c'est le point qu'il s'agit d'élucider.

Beaucoup d'auteurs ont cru trouver la solution de ce problème dans une phrase insérée aux Institutes de Justinien (1). Il y est fait allusion à une double théorie de la propriété, selon le droit naturel et selon le droit civil ; celle-ci daterait de l'époque de la fondation des cités, celle-là serait plus ancienne. D'après le droit naturel, la propriété s'acquerrait par voie d'occupation, c'est-à-dire en prenant possession d'une chose qui n'appartient à personne (*res nullius*), avec l'intention de faire sur cette chose

(1) Inst., II, 1, 11 et 12.

des actes de maître. L'occupation serait donc le mode primitif d'acquérir la propriété.

Cette simple assertion a eu dans le monde moderne un retentissement considérable. A une époque où les affirmations de Justinien étaient acceptées sans contrôle, où l'on ne songeait pas à examiner si elles avaient dans sa pensée une portée générale, on n'a pas hésité à édifier toute une théorie de la propriété sur ce paragraphe des Institutes, et l'on en a tiré des conséquences pratiques extrêmement importantes. Aujourd'hui encore on l'applique, en droit international, aux terres nouvellement découvertes : elles sont la propriété du premier État qui y a planté son drapeau. Pourtant, l'explication qu'on a donnée des Institutes ne paraît conforme ni aux règles d'une saine interprétation, ni à ce que l'on sait sur l'état des sociétés primitives.

En citant l'occupation comme un mode d'acquérir les *res nullius* d'après le droit naturel, Justinien a-t-il entendu lui attribuer le caractère d'un mode général d'acquérir la propriété ? Qu'on lise le commencement de la phrase où est mentionnée l'occupation (§ 12), et l'on verra quelle a été sa pensée. Il s'agit uniquement des animaux que l'on prend à la chasse ou à la pêche : voilà des *res nullius*. Restreinte à ces choses, la théorie des Institutes est irréprochable ; elle est vraie de nos jours, aussi bien qu'au temps de Justinien. Quant à la propriété foncière, il n'en est pas question ; il n'est pas dit qu'elle ait été primitivement *res nullius*, ni qu'elle se soit jamais acquise par occupation.

Sans doute, à première vue, cette généralisation a quelque chose de séduisant. Lorsqu'on se demande comment la propriété a commencé, il semble bien que ce soit le jour où un homme fit servir à son profit exclusif une de ces choses que la nature offre à tous sans les approprier à personne. Mais rien ne prouve que l'appréhension matérielle ait été considérée, dès l'origine, comme conférant un droit ; à cette époque, on jouit de ce que l'on détient et tant qu'on le détient. Est-ce que les nomades se soucient de conserver la terre sur laquelle ils font paître leurs troupeaux? Si plus tard, dans la période agricole, l'homme s'attache à la terre, c'est à cause des efforts qu'il a faits pour la cultiver. C'est par une raison analogue qu'à l'époque primitive il s'attache aux animaux qu'il a capturés ; l'appropriation exige un effort qui trouve sa récompense dans l'acquisition de la chose.

La question d'appropriation présente d'ailleurs pour la terre un intérêt particulier. La terre rentre dans la catégorie des choses qui existent dans la nature en quantité limitée. De là, la possi-

bilité de la lutte pour l'appropriation. Je ne songerai pas à disputer à mon voisin des oiseaux, des poissons, si je puis en prendre aussi facilement que lui. De même les nomades ne songent pas à se disputer la possession d'une terre. La lutte ne se conçoit qu'à dater du jour où la terre commence à être cultivée; mais alors ce n'est pas l'appréhension seule qui nous attache à cette terre, c'est le travail que nous y avons fait, la peine qu'elle nous a coûté pour être mise en état de produire des fruits industriels (1). Le texte des Institutes ne peut donc être invoqué pour prouver que la terre a été dans l'origine, aux yeux des Romains, une *res nullius,* et qu'elle était acquise par voie d'occupation.

Nous croyons, au contraire, que les Romains ont traversé, comme les autres peuples de l'antiquité, les deux phases de la communauté agraire et de la propriété familiale, et que la propriété individuelle du sol s'est dégagée très lentement des restrictions introduites par l'usage dans l'intérêt de la famille, et dont on trouve la trace jusque chez les jurisconsultes du troisième siècle de notre ère.

Recherchons tout d'abord quelle était, à l'époque royale, la notion de la propriété et à quelles choses on l'a appliquée.

Il y a dans la langue latine deux mots pour désigner le propriétaire, le maître d'une chose : *dominus, herus.* Quel est le sens de ces deux mots? *Dominus* ne vient pas de *domus* (maison), comme pourrait le donner à penser un fragment d'Ulpien, qui indique l'acception que le mot *dominus* avait reçue de son temps (2). *Dominus* vient de *domare,* dompter, de même que *domitus* et *domitor* (3). Est propriétaire celui qui, par son adresse, a réussi à dompter un animal.

La propriété s'applique donc en premier lieu aux animaux susceptibles d'être domptés. Cette notion de la propriété se justifie par la manière dont Ulpien (4) caractérise les animaux qui, de tout temps, furent l'objet de la propriété quiritaire, et qui rentraient seuls dans la catégorie des *res mancipi :* les bœufs, les mulets, les chevaux, les ânes. Ce sont, dit-il, les quadrupèdes que l'on dompte par le cou ou par le dos, c'est-à-dire les bêtes de trait ou de somme. On trouve encore, au deuxième

(1) Lors de la transformation des communautés agraires en propriétés privées, l'occupation ne fut pas jugée suffisante pour faire acquérir la propriété : on exigea une possession prolongée pendant deux ans. De plus, l'occupation était réservée aux membres de la *gens.*

(2) Ulp., 46 ad Ed., D., L, 16, 195, 2.

(3) Curtius, *Grundzüge der griechieschen Etymologie*, 5e éd., 1879, p. 260. Leist, *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts,* 1877, p. 78.

(4) Ulp., XIX, 1.

siècle de notre ère, un souvenir de cette conception de la propriété dans une controverse entre Sabiniens et Proculiens, sur le point de savoir à partir de quel moment ces animaux deviennent *res mancipi*. D'après les Sabiniens, c'est le jour même de leur naissance; les Proculiens, fidèles à la notion antique de la propriété, soutenaient qu'il fallait attendre qu'ils fussent domptés (1).

La propriété ainsi comprise s'applique en deuxième lieu aux esclaves. L'esclave fut dans le principe un ennemi vaincu. Les Romains considéraient la guerre comme la source la plus noble de la propriété (2).

Herus a pour racine *hir* (qui correspond au grec χείρ, au sanscrit *haraman*) et désigne la main. *Herus* est celui qui prend, qui saisit une chose avec la main (3). Cette dénomination concorde avec celle de *dominus*. L'une et l'autre s'appliquent exclusivement à des objets mobiliers ; mais la première indique la manière dont on acquiert la propriété, la seconde, le signe auquel on reconnaît le propriétaire.

Cette notion de la propriété, qui est commune aux Romains et aux peuples de race aryenne, reçut dès la fondation de Rome une première et importante extension; on l'appliqua à la terre dans une mesure que nous allons essayer de déterminer.

§ 2. — *Origine de la propriété foncière.*

L'origine de la propriété foncière est une question très complexe. Les témoignages des auteurs anciens ne sont ni explicites, ni entièrement concordants; il n'est pas surprenant qu'on soit divisé sur l'interprétation qu'ils comportent.

Denys dit que Romulus partagea le territoire en trente lots, et qu'il en assigna, par voie de tirage au sort, un à chaque curie, après avoir réservé une part des terres pour l'exercice du culte et une autre pour le domaine public. Denys ne dit pas s'il y eut une nouvelle division entre les membres des curies, mais cela résulte d'un autre passage où il raconte que, pour éviter des contestations, Numa obligea chaque maître de maison à borner sa propriété.

(1) Gaius, II, 15.

(2) Gaius, II, 69; IV, 16. Inst., I, 3, 2 : « Servitus... qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. » D'après Curtius, *op. cit.*, 518, *servus* vient de *serere*, qui veut dire enchaîner (par une série de liens), et qui exprime la soumission de l'esclave à son maître. Suivant Bréal, *servus* correspond au grec οὖρος et veut dire « gardien ». Cp[tes] R. Acad. des inscr., 1887, p. 326.

(3) Curtius, *op. cit.*, 189.

Cicéron explique tout autrement le rôle de Numa, et par suite celui de Romulus. D'après lui, la division des terres n'est pas antérieure à Numa; elle eut pour objet non pas le territoire de Rome, mais celui des cités conquises par Romulus. D'où il suit que la propriété privée n'aurait existé que pour les terres situées hors de Rome, et que le territoire primitif de la ville serait resté indivis entre les trente curies. La contradiction est flagrante entre Denys et Cicéron (1).

Varron et Pline attestent que Romulus attribua à chaque citoyen deux arpents de terre qui constituèrent l'*heredium* (2). Ce renseignement, s'ajoutant à celui que fournit Denys, nous fait connaître l'étendue de terrain concédé à chaque maître de maison, lors du partage du sol entre les membres de la curie : ils reçurent chacun deux arpents. Les textes de Varron et de Denys se complètent à cet égard l'un par l'autre. Mais celui de Varron contient une indication d'une importance bien autrement grande : il nous permet de déterminer la nature et la situation du terrain concédé. Tandis que Denys s'exprime en termes généraux, qui ont donné à penser que le territoire réparti entre les trente curies comprenait la totalité de l'*ager Romanus*, le mot *heredium*, employé par Varron, prouve que le partage n'eut pour objet qu'une portion du territoire de la cité. Pline dit en effet (3) que, dans la loi des Douze Tables, il n'est jamais question de villa, mais qu'à la place on trouve le mot *hortus*, qui a la même signification que *heredium*. L'*heredium* consiste donc en un jardin potager avec maison d'habitation. Il ne faut pas le confondre avec la terre arable (*ager*) (4). La distinction de la maison de ville et de l'*ager* ressort nettement du récit concordant des auteurs anciens sur l'établissement de la gens *Claudia* : le sénat autorisa Claudius à prendre en ville autant de terrain qu'il voudrait pour y bâtir des maisons pour lui et les siens; en même temps il lui concéda une terre dépendant du domaine public et située au delà de l'Anio (5).

Cette distinction de l'*ager* et de l'*heredium* est, croyons-nous, fondamentale. Elle permet d'expliquer l'acte de Romulus d'une

(1) Denys, II, 7; Cic., De Rep., II, 14.

(2) Varr., R. r., I, 10 : Bina jugera, quod a Romulo primum divisa viritim, quæ heredem sequerentur, heredium appellarunt. Pline, XVIII, 2, 7 : Bina tunc jugera populo Romano satis erunt nullique majorem modum adtribuit (Romulus).

(3) Plin., XIX, 4, 50.

(4) Cic., De leg. agr., II, 25 : *ager qui arari aut coli possit.*

(5) Denys, V, 40; Liv., II, 16. Cf. Tac., German. : *Domus, ager; familia, penates;* Val. Max., IV, 4, 8 : *Domuncula, fundus;* Liv., II, 3, 5, distingue *bona regia*, qu'on apporte sur un chariot, et *ager Tarquiniorum.*

façon naturelle, sans faire intervenir aucune fiction poétique. Si, comme on le dit généralement, Romulus a divisé le territoire tout entier entre les curies, il faut qu'il ait commencé par déposséder les *gentes* qui y étaient établies, ce qui est en contradiction avec le mode de formation de la cité. C'est la réunion successive des *gentes*, fixées autour du Palatin et des collines environnantes, qui a donné naissance à Rome. Comment croire qu'elles aient renoncé à leurs possessions respectives? D'ailleurs, si l'on refuse de distinguer l'*heredium* des terres gentilices, on est fort embarrassé pour expliquer la définition que Varron donne de l'*heredium*. Pourquoi faire observer que l'*heredium* est héréditaire? N'en est-il pas de même de tout autre objet de propriété? Le texte de Varron n'a pas de sens, s'il n'a pour objet d'établir une antithèse entre la terre qui est héréditaire et celle qui ne l'est pas.

Les terres cultivées par les *gentes* dont la réunion a formé la cité, sont restées en dehors du partage opéré par Romulus. Le sol qu'il a divisé entre les trente curies, c'est le sol de la ville, de la *Roma quadrata*. Lors de la fondation de Rome, le sommet du Palatin devait être inoccupé, ou s'il l'était, il fut conquis. Il ne paraît pas avoir jamais appartenu à aucune des *gentes*, pas plus que les autres parties comprises dans l'enceinte de la ville : les rois en disposent librement au profit des habitants des cités voisines toutes les fois que, de gré ou de force, ils viennent se fixer à Rome. La concession du droit de cité était toujours accompagnée de la concession d'un lot de terre dans un des quartiers de la ville : c'était un emplacement pour bâtir. Tout citoyen devait avoir une maison en ville (1).

Les membres des *gentes* qui, jusqu'alors, vivaient sur leurs terres, eurent désormais une habitation en ville. Rome devint le lieu de rassemblement de tous les citoyens ; ils se réunissaient dans la curie à laquelle ils appartenaient d'après la situation de leur domicile en ville (*heredium*). Quand les travaux des champs les appelaient à la campagne, ils passaient la nuit dans des lieux fortifiés, bâtis sur les collines et appelés *pagi* (2). Au temps de Servius, ces *pagi* étaient au nombre de vingt-six.

Quelle était la nature du droit appartenant aux citoyens, soit sur l'*heredium*, soit sur les terres gentilices? En constituant l'*heredium*, Romulus a fondé la propriété foncière (3). Est-ce la propriété individuelle ou la propriété familiale (4) ?

(1) Arg. Liv., VI, 5 ; II, 16 ; cbn. Denys, V, 40.
(2) Denys, IV, 15.
(3) *Heredium* vient de *herus* et révèle la nature du droit accordé. Le concessionnaire est maître de la terre comme de l'animal qu'il a dompté.
(4) Fustel de Coulanges (*Revue des questions historiques,* 1889, XLV, 409)

1° L'*heredium* présente l'un des caractères distinctifs de la propriété familiale : il est héréditaire. A la mort du maître de maison, l'*heredium* appartient de plein droit à ceux qu'on appelle héritiers siens, parce que, à la différence des autres classes d'héritiers, ils prennent en main l'administration d'un bien qui leur appartenait déjà. Gaius (1) désigne clairement la nature primitive de ce bien, lorsqu'il qualifie les héritiers siens, d'héritiers domestiques : ce sont les héritiers de la maison.

2° La propriété familiale est inaliénable ; en est-il de même de l'*heredium?* Aucune loi n'a édicté l'inaliénabilité de l'*heredium*. Mais divers faits donnent à penser qu'il n'était pas d'usage de l'aliéner : 1° d'abord, il n'existe pas de mode patricien d'aliéner entre vifs la propriété foncière, sans doute parce qu'elle est devenue aliénable à une époque où la distinction entre patriciens et plébéiens était presque effacée ; 2° le mode primitif d'acquérir la propriété, la mancipation, ne s'applique rigoureusement qu'aux choses que l'on peut saisir avec la main ; l'étymologie du mot le prouve : *manu capere*. De plus, il résulte d'un passage de Gaius (2) que l'application de la mancipation aux fonds de terre est le résultat d'une extension. Pour les meubles, la mancipation ne peut avoir lieu que si l'objet est présent ; pour les fonds de terre, on a coutume de se dispenser de cette condition. Cette différence n'aurait pas de raison d'être si la mancipation avait été créée simultanément pour les immeubles et pour les meubles. Elle s'explique, au contraire, si l'on admet qu'on a utilisé, pour les fonds de terre, un mode d'acquérir établi pour les meubles : on a cherché à l'approprier à sa fonction nouvelle, en écartant une condition difficile à réaliser dans la pratique (3).

Jusqu'à la fin de la République, on a considéré comme un déshonneur de vendre l'*heredium* (4). En 684, les censeurs exclu-

affirme l'existence de deux partages successifs : le premier, sous Romulus, porta sur l'*ager Romanus*, c'est-à-dire sur cette partie du territoire qui était primitivement rattachée à l'*urbs ;* le second, sous Numa, porta sur les terres nouvellement conquises. Dans le premier partage la propriété était encore familiale, dans le second elle fut individuelle. Cicéron (De Rep., II, 14) dit en effet que le partage opéré par Numa se fit par tête (*viritim*). Mais Fustel de Coulanges oublie que Varron en dit autant du partage opéré par Romulus. Si le mot *viritim* suffit pour prouver l'existence de la propriété individuelle, on ne saurait admettre l'existence à Rome de la propriété familiale, même pour les terres comprises dans l'enceinte de la ville. Comment d'ailleurs croire que, dans l'état de civilisation où étaient les premiers habitants de Rome, ils aient constitué, à quarante ans d'intervalle, ces deux sortes de propriété que l'antiquité a successivement connues ?

(1) Gaius, II, 157.

(2) Gaius, I, 121.

(3) Cf. Mommsen, III, 23 (24) ; *R. G.*, I, 151.

(4) Cic., de Orat., II, 55 ; p. Sulla, 20.

rent du sénat Antoine, qui avait dû vendre ses biens pour satisfaire ses créanciers. D'autre part, il est à remarquer que dans tous les cas où l'État confisque les biens d'un citoyen et les fait vendre *sub hasta,* la maison n'est jamais comprise dans la vente : elle est détruite, et l'emplacement, consacré aux dieux, doit demeurer vacant, à moins qu'on n'y élève un temple (1). La destruction de la maison était considérée comme une aggravation de la peine : elle entraînait l'anéantissement des pénates (2). Lorsque le crime qui donnait lieu à la confiscation des biens avait une moindre gravité, on respectait la maison de famille. C'est ce qui eut lieu en 271 à l'égard des soldats qui refusèrent de répondre à l'appel des consuls (3). Le débiteur, pressé par son créancier, vendait ses récoltes, ses bestiaux, son champ; il gardait sa maison (4). Lorsqu'en 293 L. Quinctius Cincinnatus est mis en demeure de libérer les cautions, qui avaient garanti pour 30,000 as la comparution de son fils au tribunal du peuple, il fait vendre tous ses biens et va se réfugier au delà du Tibre dans une chaumière écartée. Cependant sa terre lui reste, ainsi que sa maison, car, lorsque trois ans plus tard on va lui offrir la dictature, on le trouve, la bêche à la main, cultivant un petit domaine de quatre arpents qu'il avait conservé entre le Vatican et le Tibre. Ramené à Rome, il se dirige vers sa maison, en compagnie de ses fils venus au-devant de lui (5). Il fallait être à bout de ressources pour se résigner à abandonner sa maison à son créancier. En 259, le consul Servilius déclare que tout citoyen qui viendra s'enrôler pour marcher contre les Volsques n'aura rien à craindre de ses créanciers : défense leur est faite de se mettre en possession de la maison de leur débiteur (6).

L'*heredium* est donc inaliénable en ce sens que l'aliénation volontaire entre vifs est réprouvée par les mœurs, sinon par la loi. On sait que, pendant plusieurs siècles, grâce à l'intervention du censeur, les mœurs furent à Rome aussi puissantes que la loi. L'*heredium* ne pouvait être enlevé au maître de maison que lorsqu'il s'était rendu coupable de certains crimes, ou encore lorsque, se trouvant hors d'état de satisfaire son créancier, il lui était attribué corps et biens.

(1) Il y en a de nombreux exemples : en 269, pour la maison de Sp. Cassius Viscellinus (Denys, VIII, 79; Cic., P. domo, 38); en 315, pour la maison de Sp. Mælius Felix (Varr., L. l., V, 32; Cic., *loc. cit.*); en 370, pour la maison de M. Manlius Capitolinus.

(2) Val. Max., VI, 3, 1.

(3) Denys, VIII, 87; Liv., XL, 41.

(4) Val. Max., IV, 4, 7.

(5) Liv., III, 13, 26.

(6) Denys, VI, 29.

La constitution de l'*heredium*, qui d'après la tradition semble résulter d'un acte législatif de Romulus, se rattache peut-être à un changement qui s'est produit dans les usages des Romains et qui leur est commun avec d'autres peuples. La création de la propriété familiale, chez un peuple jusqu'alors soumis au régime de la communauté agraire, coïncide habituellement avec une certaine dislocation des *gentes*. C'est un fait bien connu que, partout où existe la communauté du sol, les membres de la tribu ou du village habitent tous ensemble dans une immense maison commune. Il arrive un moment où la vie en commun leur est à charge ; les familles se séparent, chacune se bâtit une maison distincte, autour de laquelle on ménage un terrain suffisant pour un jardin potager. C'est précisément ce qui doit être arrivé à Rome, mais avec cette particularité que, pour constituer la propriété familiale, on n'a pas démembré les possessions des *gentes;* la terre attribuée à chaque famille a été prise sur le sol nouvellement occupé et compris dans l'enceinte de la ville. Au fur et à mesure de l'annexion des hauteurs voisines du Palatin, le périmètre de l'*urbs* s'étendit jusqu'au moment où, sous les Tarquins, on en fixa le centre au Capitole.

La propriété ainsi constituée fut placée sous la protection de la loi. On la qualifie propriété d'après le « droit des Quirites », vraisemblablement, comme nous l'établirons plus tard, parce que les membres des curies se sont engagés, par une loi, à se garantir respectivement la propriété des biens qu'ils considéraient comme les plus précieux.

D'autre part, toutes les propriétés furent solennellement limitées, suivant le rite étrusque (1), et séparées par des bornes consacrées à Jupiter Terminalis. La tradition rapporte en effet soit au roi sabin Tatius, soit à Numa (2), l'introduction du culte du dieu Terme. La consécration était faite par les soins de l'*agrimensor,* qui prenait les auspices sur le champ à limiter et accomplissait les cérémonies prescrites. Comme les auspices ne pouvaient se prendre que dans un temple, chaque propriété devenait par ce fait un temple, et celui à qui elle appartenait possédait désormais le droit d'auspices. La consécration avait pour effet de placer le terrain solennellement limité sous la protection du dieu Terme. Quiconque se serait permis d'empiéter sur les limites, en enlevant les bornes avec la charrue, aurait commis un sacrilège et encouru la malédiction divine. Une loi de Numa le déclarait

(1) Varr., L. l., V, 143.
(2) Varr., L. l., V, 74. Denys, II, 74; Plut., Numa, 16. Cf. Ch. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains,* 1838, p. 80.

sacer, lui et ses bœufs, c'est-à-dire que tout citoyen avait le droit de les tuer impunément (1). L'établissement des limites de l'*heredium* était donc un moyen de prévenir les contestations ; en cas de violation des limites, la loi de Numa donnait à chaque propriétaire la faculté de se faire justice à lui-même : la justice publique n'avait pas à intervenir.

Telle fut la condition des terres réparties entre les curies lors de la fondation de la ville et appartenant à ceux que Cicéron appelait plus tard les plus anciens bourgeois de Rome. Il en fut de même, sans aucun doute, de celles qui furent concédées par le sénat à des *gentes* étrangères, comme la gens Claudia. Mais les concessions faites par les rois aux plébéiens n'étaient vraisemblablement garanties que par l'autorité du roi; aussi eurent-elles dans le principe un caractère précaire : ce qu'un roi avait donné, un autre roi pouvait l'ôter. Les plébéiens purent s'en convaincre, lorsque Tarquin le Superbe leur reprit les terres qu'ils tenaient de la générosité de Servius. Il y avait là une cause de trouble pour l'ordre social ; il était nécessaire de consolider la propriété des plébéiens, de la mettre à l'abri de toute atteinte, comme celle des patriciens.

L'*heredium*, inaliénable entre vifs était-il également inaliénable, à cause de mort? Ce n'est pas ici le lieu de rechercher si la liberté de tester fut admise dans l'ancien droit romain. Il nous suffira de rappeler un fait bien connu : c'est que les Romains n'admettent pas facilement les actes qui ont pour effet de faire passer les biens d'une famille dans une autre (2). C'est ainsi que l'adrogation d'un maître de maison était subordonnée à un avis favorable du collège des pontifes et à l'approbation du peuple. Il est bien difficile de croire que le testament n'ait pas été soumis à un contrôle aussi sérieux, et que la volonté d'un chef de maison, subordonnée à l'autorisation des pontifes et du peuple tant qu'il est vivant, soit souveraine après sa mort. Si nous avons des renseignements moins précis sur les solennités du testament comitial que sur celles de l'adrogation, c'est que, les premières étant tombées de bonne heure en désuétude, les écrivains postérieurs se sont bornés à conserver le nom de la forme primitive du testament. Il y a donc lieu de penser que le maître de maison qui, sans motif, aurait voulu par testament dépouiller ses

(1) P. Diac., v° *Termino*. Cf. sur l'*homo sacer*, Ihering, I, 280.

(2) L'*heredium* était désigné par le nom de son premier propriétaire. Aliéné au profit d'un étranger, il conservait son nom primitif, modifié par la désinence *anus*, comme l'enfant qui entrait dans une famille étrangère par une adoption. Fronto., De diff., 520 : Pompeii porticus, ...si possidet; Pompeiana, si in alterius dominationem venit.

enfants de l'*heredium*, se serait exposé à une fin de non-recevoir de la part des pontifes ou du peuple.

D'ailleurs, plusieurs textes nous apprennent ce que devient l'*heredium* au décès du maître de maison. Il y a un mot pour caractériser cette situation : c'est un *consortium*, parce que le lot de terre échu par le sort au maître de maison portait le nom de *sors* (1). L'*heredium* ou *sors* restait indivis entre les enfants ; l'action en partage n'est pas antérieure aux Douze Tables. La maison de ville serait devenue bientôt insuffisante pour abriter tous les membres de la famille, si l'usage ne s'était établi d'en envoyer une partie sur les terres gentilices (2). Pour eux, l'*heredium* n'était plus qu'un pied-à-terre, où ils résidaient momentanément lorsqu'ils venaient en ville.

3° L'*heredium*, héréditaire et inaliénable, présente-t-il le troisième caractère distinctif de la propriété familiale? Les femmes sont-elles déchues du droit de le recueillir au décès du maître de maison? Il s'est produit ici un changement qui pourrait surprendre, si l'on ne savait comment procèdent les législations encore peu développées. Ni les lois royales, ni les Douze Tables n'ont songé à exclure les femmes de l'hérédité domestique ni de la succession *ab* intestat. La jurisprudence postérieure, au contraire, refuse la succession *ab* intestat aux femmes au delà du degré de sœurs consanguines. Elle s'est inspirée d'une raison analogue à celle qui fit édicter en 585 la loi Voconia ; d'après cette loi, il était interdit à tout testateur, inscrit sur les registres du cens et possédant une fortune déterminée, d'instituer une femme pour héritière. Dans les deux cas on a voulu assurer la conservation des biens dans les familles. Donc, à s'en tenir aux apparences, l'ancien droit aurait été favorable, le droit de la fin de la République hostile à la vocation des femmes à la succession *ab* intestat. On conviendra qu'il y a là quelque chose d'étrange. La conservation des biens dans les familles, l'exclusion des femmes de la succession *ab* intestat ne sont pas des règles qu'on introduise arbitrairement, ni sous forme de loi lorsqu'on doit obtenir l'approbation du peuple réuni dans ses comices, ni par l'intermédiaire de la jurisprudence, lorsque cette jurisprudence est, comme à Rome, l'organe de la coutume. On peut donc affirmer que la règle qui a exclu les femmes de la succession *ab* intestat aux derniers siècles de la République, était précédemment consacrée par l'usage, et qu'elle a été formulée par les jurisconsultes à une époque

(1) Festus, v° *Sors* : sors et patrimonium significat unde consortes dicimus. Varron, L. l., VI, 7, 65 : consortes ad quos eadem sors.
(2) Cic., De off., I, 17 : in alias domos tanquam in colonias exeunt.

où les mœurs avaient besoin d'être soutenues par la loi (1).

En fait, à l'époque antique on n'avait pas à craindre de voir l'*heredium* sortir de la famille par les femmes. Elles n'auraient pu le faire passer dans une autre maison que par mariage ou par testament. Mais la femme *sui juris* avait besoin de l'autorisation de son tuteur pour se marier. Le devoir de ce tuteur était de rappeler à la femme qu'elle devait conserver à sa maison le patrimoine de ses ancêtres, et par suite de s'opposer au mariage *cum manu* qui aurait fait acquérir au mari les biens de la femme. Elle ne pouvait non plus disposer de ses biens par testament, car le testament se faisait alors dans les comices, et la femme n'y pouvait pénétrer. Si donc l'ancien droit ne contient pas de disposition expresse pour exclure les femmes de la succession, c'est que l'intérêt de la famille était garanti, d'une manière tout aussi efficace, par l'application des principes généraux du droit.

Le droit sur l'*heredium* présente ainsi tous les caractères de la propriété familiale; il n'en est pas de même du droit sur les terres gentilices.

§ 3. — *Les terres gentilices.*

A qui appartenaient les champs situés en dehors du *pomerium?* Les textes sont muets; mais il n'y a de possible qu'une alternative : ces terres ont continué à appartenir aux *gentes* qui y étaient déjà établies, ou elles sont tombées dans le domaine de l'Etat (2). La question n'en est pas une pour ceux qui considèrent les premiers habitants de Rome comme des bandits, qui seraient venus un jour se fixer sur une terre conquise : le territoire situé en dedans ou en dehors de l'enceinte appartiendrait également à l'État. Mais les faits protestent contre l'idée que Rome aurait été fondée par un ramas de brigands : l'organisation religieuse et politique de la cité ne convient pas aux mœurs d'une troupe d'aventuriers que le hasard aurait réunis autour d'un même chef (3).

Rome s'est formée, nous l'avons vu, par la réunion de trois tribus distinctes, depuis longtemps établies aux environs du Palatin. Que l'une de ces tribus ait acquis la prépondérance ou qu'elle l'ait de bonne heure partagée avec l'une des deux autres, il n'importe : la fédération des trois tribus n'en est pas moins

(1) La loi de Gortyne, qui remonte au temps de Solon, attribue aux fils, à l'exclusion des filles, les maisons de ville, les habitations rurales, ainsi que les moutons et le gros bétail. (Éd. Dareste, c. 23.) C'est, à peu de chose près, la *familia* des Romains.

(2) Mommsen, III, 25 (26).

(3) Cf. Duruy, *Histoire romaine*, éd. 1870, I, 106.

un fait certain. Dès lors on ne voit pas pourquoi l'on aurait forcé les *gentes* qui contribuèrent à constituer la cité, dont les membres formaient le conseil du roi et tout au moins participaient à l'exercice du pouvoir législatif dans les comices, à abandonner à l'État les terres qu'elles avaient jusqu'alors possédées.

Les terres gentilices appartenaient-elles à la *gens* considérée comme une corporation, ou étaient-elles la propriété indivise des membres de chaque *gens?* La question est importante : si les membres de la *gens* sont copropriétaires par indivis, chacun d'eux a sur la terre gentilice un droit individuel dont il peut disposer librement, à la seule condition de ne pas porter atteinte au droit des autres; que si la terre appartient à la *gens,* les *gentiles* n'ont plus qu'un droit de jouissance personnel, temporaire et limité à une parcelle de la terre. La propriété n'appartient ici à aucun des *gentiles* individuellement, pas même pour la plus petite part : elle est tout entière à la *gens*. Mais, comme la *gens* n'existe pas en dehors des membres qui la composent, ce sont en définitive les *gentiles*, considérés collectivement, qui sont propriétaires. Cette sorte de propriété diffère profondément de la propriété individuelle. On ne se figure pas les *gentiles* se mettant d'accord pour l'aliéner : les actes de disposition que l'on conçoit portent sur le mode d'exploitation ou de jouissance de la terre, sur la répartition des fruits. La question à résoudre revient donc à savoir si les *gentiles* étaient propriétaires indivisément ou collectivement des terres gentilices (1).

Une disposition des Douze Tables attribue le patrimoine d'un citoyen mort sans héritier sien et intestat à son agnat le plus proche et, à défaut, à ses *gentiles* collectivement. Divers textes déclarent qu'il y avait ici une sorte de droit de retour (2). L'existence de ce droit prouve qu'à une certaine époque, il y a eu une communauté de biens entre les membres d'une même *gens*. Lorsque, plus tard, ces biens sont devenus la propriété individuelle des *gentiles,* il est cependant resté une trace de la communauté primitive, et l'on a trouvé équitable d'attribuer les biens vacants à la *gens* plutôt qu'à l'État. C'est le contraire qu'il aurait fallu admettre, si la propriété avait eu son origine dans une concession de l'État.

Voici, d'autre part, un fait qui prouve que, dans l'origine, les terres situées dans la campagne romaine n'appartenaient ni aux

(1) Ihering, I, 203.
(2) Cic., De or., I, 39 : Claudii... ejusdem hominis hereditatem gente ad se redire dicebant. Cf. Ter., Hec., I, 2, 97; And., IV, 34; Pap., 19 Quaest., D., XXXVIII, 10, 69; 8 Resp., D., eod., 77, 7; Paul, De grad. D., XXXVIII, 10, 10 pr.

particuliers individuellement, ni à l'État (sauf, bien entendu, les terres prises à l'ennemi), mais à un certain nombre de *gentes*. On sait qu'une des réformes de Servius consista à créer quatre tribus urbaines, et que plus tard, sous la République, à une époque dont on ignore la date précise (259?), mais qui est antérieure aux Douze Tables, on créa dix-sept tribus rustiques, comprenant une partie de l'*ager Romanus* situé dans le voisinage de la ville (1). De ces dix-sept tribus, il en est seize qui présentent une particularité caractéristique : elles ont toutes des noms gentilices, tandis que la dix-septième, ainsi que celles qui furent instituées par la suite, portent uniformément des noms de lieux. N'est-on pas en droit d'en conclure que les seize premières tribus rustiques comprenaient les terres des *gentes* dont elles portent le nom? Cette conclusion se trouve confirmée pour l'une de ces tribus. Lorsque Atta Clausus émigra à Rome avec ses *gentiles* et ses clients, parmi lesquels cinq mille étaient en état de porter les armes, le sénat lui concéda en ville autant de terrain qu'il en voudrait et, de plus, un *ager* dépendant du domaine public et situé entre Fidènes et Picentia (?) : telle fut l'origine de la tribu Claudia (2). La création des tribus rustiques devint nécessaire lorsque, par suite du développement des familles, le domicile en ville ne fut pour la plupart qu'une fiction. Si après Servius on n'a plus agrandi l'enceinte de la ville, c'est que la propriété privée ne tarda pas à s'étendre au reste du territoire, et qu'on put être citoyen sans loger en ville (3).

Ce premier point acquis, il reste à établir que les terres n'étaient pas, dans le principe, la propriété individuelle des membres de la *gens*. On a remarqué que la création d'une tribu suit d'assez près l'époque où une portion du territoire devient propriété privée : la création des quatre tribus Stellatina, Tromentina, Sabatina, Arniensis, fut la conséquence de la conquête de Véies en 358 et de l'assignation, en 361, du territoire aux

(1) Festus : « *Viatores*... initio omnium tribuum... agri in propinquo erant urbis atque adsidue homines rusticabantur. » La tribu Lemonia est « a porta Capena via Latina ». (Festus, v° *Lemonia*.) La tribu Romilia tirait son nom de ce qu'elle était *sub Roma* et comprenait les terres que Romulus avait prises à Véies. (Varr., l. l., V, 56; Festus, v° *Romilia*.) La tribu Pupinia était formée par l'*ager Pupinius*, situé entre Rome et Tusculum (Festus, h. v°).

(2) Liv., II, 16; Denys, V, 40.

(3) Les tribus rustiques comprenaient-elles exclusivement les terres des *gentes* dont elles portent le nom? ou bien les a-t-on dénommées d'après la *gens* la plus importante de la circonscription? Les deux hypothèses peuvent s'être réalisées : d'une part, le *pagus Lemonius* est devenu la tribu Lemonia (Festus, v° *Lemonia*), l'*ager* Pupinius s'est transformé en tribu Pupinia; d'autre part, le nombre des tribus rustiques est de beaucoup inférieur à celui des *gentes* que nous connaissons.

transfuges qui avaient reçu le droit de cité (1). La tribu ne comprend que les terres qui sont appropriées par les particuliers ; c'est pour cela que les quatre tribus urbaines ne s'étendaient qu'aux parties de la ville où se trouvaient des habitations (2). Si donc les seize tribus rustiques n'ont été créées que dans la seconde moitié du troisième siècle, et si elles ont été formées en grande partie de terres gentilices, on peut dire que ces terres sont restées jusqu'à ce moment en communauté (3).

Nous aurons à rechercher ultérieurement comment s'est opérée la transformation de la communauté agraire en propriété privée. La date ne peut en être fixée avec certitude ; mais on peut affirmer, sur la foi de Denys, qu'en 271 elle n'était pas entièrement effectuée. Au moment de la guerre contre les Volsques, bon nombre de citoyens refusèrent de répondre à l'appel des consuls; ceux-ci résolurent de leur appliquer la peine édictée par la loi (4). Toutefois, comme ils ne pouvaient les saisir pour les charger de chaînes et les faire vendre (5), ils se bornèrent à leur infliger une peine pécuniaire. Or il est à remarquer que cette peine, qui consiste dans la confiscation de tous les biens appartenant au soldat réfractaire, ne s'applique pas à la terre qu'il possède; on se contente de détruire les récoltes et de démolir les maisons de ferme : c'est bien la preuve que le fonds n'appartient pas à celui qui le cultive pour son propre compte. Le passage de Denys est d'autant plus formel qu'il indique séparément la peine applicable à celui qui cultive sa terre et à celui qui cultive la terre d'autrui.

Les terres gentilices ne furent pas, de tout temps, exclusivement composées de champs appartenant aux *gentes* antérieurement à la fondation de la cité. Elles comprirent aussi des champs pris à l'ennemi et concédés à telle ou telle *gens*. Il y avait même des *gentes*, comme la *gens* Claudia, qui devaient à une concession gracieuse de l'État la totalité de leurs possessions. La condition

(1) Liv., VI, 5. Cf. Mommsen, III, 165 (185).

(2) Liv., I, 43 : quadrifariam urbe divisa regionibusque collibusque, quæ habitabantur partes, tribus eas appellavit. Pline, H. n., XVIII, 3 : urbanæ... quatuor erant a partibus urbis in quibus habitabant.

(3) Les communautés gentilices ne sont pas sans analogie avec les communautés de villages que l'on rencontre en Russie, dans l'Inde, chez les Slaves du Sud, et même en Grèce. Cf. Viollet, *Du caractère collectif des premières propriétés immobilières* (Bibl. de l'École des chartes, 1872) ; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles,* 18 ; de Laveleye, op. cit.; S. Maine, *L'ancien droit,* 249; *Études d'hist. du droit,* 88 ; Dareste, *Études d'hist. du droit,* 246; Leist, *Altarisches* jus gentium, 24. Voy. cep. pour la Grèce, Claudio Jannet, *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte,* 2e éd., 1880, p. 68.

(4) Denys, VIII, 87; X, 33.

(5) Liv., XL, 41.

de ces terres ne paraît pas avoir été différente de celle des autres terres gentilices : elles appartenaient à la *gens,* et non individuellement, ni même indivisément, aux *gentiles*.

§ 4. — *La fortune individuelle.*

Nous avons jusqu'ici établi que la notion de la propriété s'appliquait aux animaux qui servent d'auxiliaires à l'homme dans la culture de la terre, aux esclaves, à la maison d'habitation avec son jardin potager; en un mot, aux choses nécessaires aux besoins de la famille. C'était la *res familiaris,* ou plus simplement la *familia*. Le mot *familia* désigne en effet non pas seulement les personnes qui composent la famille, mais aussi les choses qui forment le patrimoine de la famille, parce qu'elles sont indispensables à son existence matérielle (1). Quant aux choses qui n'étaient pas nécessaires aux besoins de la famille, on leur donnait le nom de *pecunia* (2). Ces choses formaient le superflu, la richesse. C'était, comme l'étymologie l'indique, le bétail qu'on élevait dans les pâturages, les bœufs, les brebis et les porcs (3). Les textes distinguent soigneusement les animaux qui servent à la culture et ceux qui paissent en troupeaux (4). Par conséquent les bœufs, les chevaux, les ânes, les mulets, faisaient partie de la *familia* ou de la *pecunia*, suivant qu'ils servaient ou non de bêtes de trait ou de somme.

On étendit la signification du mot *pecunia* aux fruits et aux récoltes, qui, avec les troupeaux, constituaient la richesse à une époque où les terres étaient, pour la plupart, en communauté. Le sens du mot *pecunia* a été élargi bien plus encore. Comme le bétail servait primitivement de moyen de payement, on donna le nom de *pecunia* à la monnaie, qui remplaça le bétail comme instrument d'échange. On sait d'ailleurs que la monnaie romaine consistait en des lingots de cuivre en forme de brique, et qui portaient l'empreinte d'un bœuf; c'était la *pecunia numerata*.

(1) Ulp., 46 ad Ed., D., L, 16, 195, 1 : « Familiæ appellatio..... varie accepta est, nam et in res et in personas diducitur. » Caton emploie le mot *familia* pour désigner les bêtes de somme aussi bien que les esclaves. (*De re r.*, 138, 143.)

(2) Pictet, *Les origines indo-européennes ou les Aryas primitifs*, 2e édit., 1877, III, 105, fait observer que les termes en usage dans les différentes langues aryennes pour distinguer la propriété mobilière et la propriété immobilière, sont presque tous d'une origine postérieure à la dispersion de la race aryenne.

(3) Festus, v° *Peculatus :* inductum est a pecore ut pecunia quoque ipsa; v° *Adgregare :* cum apud antiquos opes et patrimonia ex his (pecoribus) praecipue constiterint.

(4) Varr., R. r., II, 5 : bos arator. Caton, R. r., 138 : Asinis feriæ nullæ, nisi si in familia sunt.

Les choses qui composent la *familia* sont, pour partie, les mêmes que les jurisconsultes désignent sous le nom de *res mancipi* (1). Les *res mancipi* comprennent, en outre, les fonds italiques et les servitudes rurales, dont il ne pouvait être question à l'époque royale, puisque ces fonds étaient encore soumis au régime de la communauté agraire.

De même les choses comprises sous la dénomination de *pecunia* sont les mêmes que les jurisconsultes classiques appellent *res nec mancipi* (2). L'expression *familia pecuniaque,* que l'on trouve souvent dans les textes, comprend l'ensemble des biens que l'on désigne également par *res mancipi* et *nec mancipi.* La différence dans la dénomination vient de la différence du point de vue auquel on se place. Dans l'expression *res mancipi, nec mancipi*, on envisage les choses suivant qu'elles peuvent ou non s'acquérir par mancipation (3).

L'intérêt pratique de cette distinction est considérable. Comme la mancipation était dans les premiers siècles, selon toute apparence, le seul mode de placer une acquisition sous la garantie de l'État, dire qu'une chose n'est pas susceptible de mancipation revient à dire qu'elle n'est pas susceptible de propriété quiritaire. On était propriétaire quiritaire, ou l'on n'était pas propriétaire du tout. Les choses composant la *pecunia,* les *res nec mancipi,* n'étaient donc pas considérées, aux premiers siècles de Rome, comme un objet de propriété (4).

Cette conséquence n'a rien qui doive nous surprendre; on la retrouve chez divers peuples de race aryenne. Ils distinguent deux éléments dans la fortune d'un chef de famille : le nécessaire et le superflu. La notion de propriété est restreinte au premier de ces éléments. Cette conception si étroite du droit de propriété vient de ce que la propriété impliquait aux yeux des hommes de cet âge le droit de se faire justice à soi-même, en prenant les dieux à témoin de la légitimité de son droit; on estimait que la protection des dieux n'était assurée que pour les biens nécessaires aux besoins de la famille. Pour les Romains, la propriété quiritaire était la seule qui méritât le nom de propriété. Ce n'est pas à dire qu'il n'y eût une autre manière d'avoir une chose à soi, mais on n'en était pas vraiment propriétaire : on n'avait plus le droit de se faire justice en invoquant le témoignage des dieux,

(1) Ulp., XIX, 1.
(2) Gaius, II, 81, en fait la remarque pour l'argent comptant.
(3) Kuntze, II, 106; Longo, *res mancipii e nec mancipii* (Archiv. giurid., 1886, t. XXXVI, p. 306); Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi,* 1889, p. 150.
(4) Ihering, IV, 203; Karlowa, *Civilprozess,* 37.

on avait seulement la faculté de solliciter, en cas de vol, l'intervention du magistrat de la cité. On avait même le droit d'agir contre tout tiers détenteur, grâce à l'action *furti concepti* (1).

Cette distinction du nécessaire et du superflu, du patrimoine de la famille et de la richesse individuelle, est très nettement indiquée par Aristote. Il considère comme conformes à la nature les acquisitions qui restent dans la limite des besoins de la famille, comme blâmable et odieux le gain illimité qu'on retire du commerce et de l'usure (2). Le nécessaire constitue la propriété, qu'il faut conserver intacte pour en faire jouir tous les membres de la famille ; le superflu forme la richesse qui tend à s'accroître indéfiniment et qu'on acquiert pour soi-même. Si certains peuples, comme les Spartiates, ont interdit la possession de l'or et de l'argent, c'est qu'ils sont restés fidèles à l'idée d'après laquelle le maître de maison doit se procurer tout ce qui est nécessaire aux siens, sans dépasser la limite des besoins raisonnables de la famille (3). Il n'en fut pas de même chez les Romains. De tout temps on trouve, à côté des biens formant la propriété quiritaire et le patrimoine de la famille, d'autres biens que le maître de maison peut accroître sans limites, qui constituent la richesse proprement dite : ce sont principalement des troupeaux, qu'il était d'usage de faire paître dans les pâturages publics (4). Les produits des récoltes avaient également une certaine importance pour la fortune des citoyens, bien que la culture extensive fût loin de donner les résultats qu'on obtint plus tard, lorsque les procédés d'exploitation se furent perfectionnés. Ces récoltes provenaient de terres dont on avait la jouissance sans en avoir la

(1) GAIUS, III, 186. Cf. IHERING, *Actio injuriarum*, trad. de Meulenaere, 1888, p. 46; SCHULIN, *Lehrbuch*, p. 284. Il y avait cependant deux cas où il était exceptionnellement permis de faire valoir, au moyen de l'action en revendication, l'acquisition de choses qui, d'ordinaire, n'étaient pas considérées comme un objet de propriété : pour les choses vendues au profit du Trésor *sub hasta* et pour celles qui étaient léguées. L'acheteur et le légataire étaient autorisés à revendiquer la chose vendue ou léguée contre tout détenteur. Cela résulte pour le premier de GAIUS, IV, 16; cbn. DENYS, VII, 63; VIII, 30, où l'on voit que le butin comprenait le bétail, les provisions de blé; et pour le second de GAIUS, II, 194. Cette sanction énergique était motivée par la cause particulièrement favorable de l'acquisition. On ne pouvait refuser la faculté de se faire justice à soi-même, à celui qui tenait son droit de l'État ou de la volonté d'un mort confirmée par la loi. D'ailleurs, les modes ordinaires de protection des *res nec mancipi* auraient ici fait défaut : l'action *ad exhibendum*, qui était alors une action en restitution, supposait que le demandeur avait eu antérieurement la possession (IHERING, op. cit., p. 45); il en était de même de l'action *furti*.

(2) POLIT., I, 3, 20, 23.

(3) Cf. CLAUDIO JANNET, *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*, p. 84, 81, 132. Athènes, au contraire, proclamait déjà ce grand principe économique : « Aucune borne n'est posée à la richesse provenant du travail. » (Solon ap. ARISTOTE, Pol., I, 3, 9.)

(4) GELL., XI, 1; HIERON., comm. ad eccles., 5; OVIDE, Fast., V, 281.

propriété. C'étaient les bois et pâturages publics, les terres arables appartenant à l'État, et qu'on pouvait occuper moyennant une faible redevance.

La richesse n'était pas concentrée tout entière dans les mains des patriciens. Sans doute ils se sont efforcés d'exclure les plébéiens de la jouissance des terres du domaine public; mais ceux-ci en ont plus d'une fois profité, grâce à la protection des rois, et particulièrement de Servius (1). Les réformes de Servius supposent qu'un nombre plus ou moins grand de plébéiens étaient assez riches pour supporter les charges de l'impôt et du service militaire.

On a souvent prétendu que la propriété territoriale constituait la principale richesse des Romains, et l'on a allégué l'usage de deux mots qui, dit-on, expriment cette idée : les mots *adsiduus* et *locuples*. Les Douze Tables établissent une antithèse entre *adsiduus* et *proletarius;* or le prolétaire est celui qui ne figure au cens que par une mention relative à sa personne (*capite census*); donc l'*adsiduus* est celui qui fait partie d'une des cinq classes. Mais *adsiduus* vient de *adsidere* et désigne l'homme établi à demeure dans un lieu, celui qui, par exemple, vit sur sa propriété (2). Par suite, le caractère principal du citoyen qui est compris dans les classes, ce qui le distingue du prolétaire, c'est qu'il est propriétaire foncier.

La signification qu'on attribue au mot *adsiduus* d'après son étymologie n'est pas douteuse; mais la question est de savoir si les Romains l'ont maintenue dans le cas où ils opposent l'*adsiduus* au prolétaire (3). S'il était vrai que, pour être inscrit dans les classes, il fallût avoir une propriété foncière d'une certaine étendue, et si les Romains avaient entendu exprimer cette idée par le mot *adsiduus,* on devrait trouver l'idée inverse exprimée par le mot qui désigne celui qui est exclu des classes. Le mot prolétaire n'y fait pas la moindre allusion. D'où l'on peut conclure que les Romains n'ont pas attribué au mot *adsiduus* le sens qu'on lui prête. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par le témoignage unanime des auteurs anciens (4) : l'*adsiduus,* c'est le contribuable (*qui æs dat*); le prolétaire, celui qui n'est pas contribuable.

(1) Denys, II, 62. Liv., I, 46 : Servius conciliata prius voluntate plebis, agro capto ex hostibus viritim diviso... De agro plebis adversa patrum voluntate (egit).

(2) Cf. Cic., Pr. Rosc. Am., 7 : Adsiduus in prædiis.

(3) Cf. Belot, *Histoire des chevaliers romains*, 1869, I, 293; Kuntze, II, 85; Mommsen, III, 237 (268).

(4) Cic., Top., 2; De Rep., II, 22; Quintil., V, 10; Gell., XVI, 10; P. Diac., v° *Adsiduus.*

Le mot *locuples* n'est pas plus probant. Pline dit (1) que *locus* est l'équivalent d'*ager* : le *locuples* serait celui qui possède beaucoup de terres. D'autre part, Cicéron (2) présente ce mot comme synonyme d'*adsiduus*. Donc, dit-on, pour faire partie des classes il faut posséder beaucoup de terres. Mais l'équivalence de *locus* et d'*ager* n'est rien moins que certaine. Cicéron et Varron (3) présentent le mot *locuples* comme synonyme de *pecuniosus ;* il désigne celui qui possède une fortune mobilière importante. Cette contradiction affaiblit tout au moins l'autorité du témoignage de Pline. Si maintenant on remarque qu'il est assez incorrect de dire d'un homme qu'il est plein de fonds de terre, on sera porté à se demander si le mot *locus* a réellement le sens d'*ager* dans l'expression *locuples* (4).

En déterminant la nature des éléments qui entrent dans la composition de la fortune privée, nous avons résolu par avance une question qui est l'objet d'une assez vive controverse. On s'est demandé si la répartition des citoyens en cinq classes était faite d'après leur fortune territoriale. C'est l'opinion de beaucoup d'auteurs (5) ; elle conduit à des conséquences difficiles à admettre. Supposons, avec ces auteurs, que le partage des terres se soit appliqué dans l'origine à la totalité de l'*ager Romanus ;* on a distribué à tous les citoyens, par la voie du sort, des lots d'égale étendue. Comment, dans un espace de temps relativement court, a-t-il pu se produire dans la répartition de la propriété foncière des inégalités suffisantes pour motiver la création de cinq classes de citoyens? En vain a-t-on dit qu'il fallait joindre à l'*heredium* la valeur des animaux et des esclaves attachés à la culture (6). Le nombre de ces animaux et de ces esclaves étant sans aucun doute proportionné à l'étendue de la culture, il n'y a pas là une cause d'inégalité. La seule cause appréciable d'accroissement de la propriété foncière résulterait de l'achat de terres prises à l'ennemi ; nous ne parlons pas des concessions gratuites, car, sauf les assi-

(1) PLIN., XVIII, 3 : locupletes dicebant loci, id est agri, plenos.
(2) CIC., Top., 2.
(3) CIC., De Rep., II, 9; VARR., De ritu p. R. ap. NON., v° *Proletarii*.
(4) MOMMSEN, III, 237, conjecture que le mot *locus* a peut-être ici un sens analogue à celui de *loculus*. *Loculus*, c'est une cassette où l'on met l'argent de poche ; *locus* serait le coffre-fort. Cette signification concorde avec celle que Cicéron et Varron donnent au mot *locuples*.
(5) HUSCHKE, *die Verfassung des* Servius Tullius, 1838, p. 122; MOMMSEN, III, 245; VOIGT, I, 20; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, 69; BOUCHÉ-LECLERCQ, *Manuel*, 28. En sens contraire, ACCARIAS, I, 27 ; HUMBERT, *Dict. des Antiquités*, I, 1003 ; LANDUCCI, *Storia del diritto romano dalle origini fino a Constantiniano*, 1886, p. 285.
(6) LANGE, *Röm. Alt.*, I, 491. KUNTZE, II, 85, y joint toutes les *res mancipi* mobilières sans distinction.

gnations faites aux citoyens qui allaient s'établir dans les cités conquises à titre de colons, rien ne prouve qu'on les ait réservées à quelques citoyens à l'exclusion des autres. L'importance des achats, au contraire, dépendait de la quantité de bétail qu'on pouvait donner en payement. Mais cette cause est tout à fait hypothétique : qui pourrait dire si les ventes faites par l'État ont été nombreuses avant Servius?

D'autre part, il ne faut pas oublier que la réforme a été introduite en vue des plébéiens. Comment se sont-ils procuré les ressources nécessaires pour se rendre acquéreurs, concurremment avec les patriciens? S'ils y ont réussi, peut-on affirmer qu'ils aient eu dès cette époque un véritable droit de propriété ? On voit à combien d'objections on se heurte si l'on prend pour base de la classification des citoyens la propriété foncière.

Ces objections disparaissent si l'on tient compte de la distinction que nous avons établie entre les biens patrimoniaux et la richesse individuelle, et si l'on admet par suite que, dans l'origine, la richesse des citoyens fut l'élément peut-être exclusif, tout au moins principal, qui servait à les classer (1). Cette hypothèse est confirmée par un texte précis de Tite-Live auquel on n'a pas attribué l'importance qu'il mérite, parce qu'on n'a pas donné au mot *pecunia* son acception propre et originaire (2). Un fragment de Festus prouve que très anciennement on déclarait au cens les lingots de cuivre que l'on possédait (3).

Il est bon d'ailleurs de remarquer que l'opinion contraire, qui fait dépendre la classification des citoyens de leur fortune territoriale, ne repose sur aucun texte (4), et qu'elle est en opposition avec tous les documents qui nous ont été conservés. Les auteurs anciens sont unanimes à exprimer les chiffres du cens en numéraire. Il y a là un fait inexplicable lorsqu'on n'accepte pas notre point de départ. Aussi est-on forcé de récuser ces témoignages, et de soutenir que les auteurs anciens indiquent le mode de classification des citoyens, non pas au temps de Servius, mais à une époque relativement récente.

Au temps de Servius, dit-on, les citoyens étaient classés d'après le nombre d'arpents dont ils étaient propriétaires. La proportion entre les cinq classes devait être analogue à celle

(1) Mommsen, II, 378, n. 5, admet que le tribut ne fut pas, dans le principe, un impôt foncier. Mais il le fait porter sur les esclaves et sur les bêtes de trait et de somme.

(2) Liv., I, 42 : Censum enim instituit... ex quo belli pacisque munia, non viritim ut ante, sed pro habitu *pecuniarum,* fierent.

(3) P. Diac., v° *Rodus :* In æstimatione censoria æs infectum rudus appellatur.

(4) Mommsen, III, 247 (279), en fait l'aveu.

qui exista plus tard; par conséquent la seconde classe avait les trois quarts de la première ; la troisième, la moitié ; la quatrième, le quart, et la cinquième, la moitié environ de la quatrième. Pour préciser davantage, il faudrait connaître le maximum ou le minimum. On a conjecturé que le minimum devait être le lot de deux jugères, l'*heredium;* le maximum serait alors 16. Mais ce chiffre, qui semble trop faible, est porté à 20 ou 25 (1). Pour écarter ces hypothèses, il suffit de remarquer qu'elles conduisent à supprimer les *capite censi.* On sait en effet que Servius annexa l'Esquilin et le Viminal pour donner aux citoyens les plus pauvres le terrain nécessaire pour se bâtir une maison (2), c'est-à-dire, suivant l'usage, le lot minimum de deux jugères. Les citoyens les moins favorisés avaient donc tout au moins un *heredium,* c'est-à-dire le cens de la cinquième classe, ce qui est inadmissible.

On arrive à un résultat aussi peu satisfaisant pour l'époque où le cens fut calculé en as. On a conjecturé que cette époque devait être celle de la censure d'Appius Claudius (442 et 450). Mais comme on faisait alors usage de l'as d'une livre, et que les chiffres donnés par Pline seraient trop élevés pour correspondre à la valeur approximative de l'*heredium,* on a imaginé un mode de classification des citoyens, dont les textes ne parlent pas plus que du précédent. Les chiffres du cens auraient été, suivant les uns, de 40,000, 30,000, 20,000, 10,000 et 4,400 as, en supposant au jugère une valeur de 2,200 as; suivant les autres, 20,000, 15,000, 10,000, 5,000, 2,000 as, ou même 10,000, 7,500, 5,000, 2,500, 1,250 as (3).

Les as dont parle Pline sont, dit-on, les as de deux onces, introduits peu de temps avant le commencement de la première guerre punique, vers 486. Denys évalue les 100,000 as de la première classe à 100 mines ou 10,000 drachmes. Tite-Live semble également présenter le chiffre de 30,000 sesterces = 75,000 as comme étant le chiffre du cens de l'une des classes en 585 (4). Ces deux textes ne sont rien moins que probants. Denys est si peu au courant des changements survenus dans les monnaies romaines qu'il n'hésite pas à faire remonter au temps des rois l'usage de la monnaie d'argent, introduite à Rome à la fin seulement du cinquième siècle (5). S'il a confondu les as d'une livre avec les as de deux onces, c'est que, de son temps, la

(1) Arg. PLUT., Popl., 21. Cf. MOMMSEN, III, 248 (281); LANGE, I, 492.
(2) DENYS, IV, 13.
(3) VOIGT, I, 20; ZUMPT, cité par Belot, I, 259.
(4) DENYS, IV, 16; LIV., XLV, 15.
(5) Cf. DENYS, VII, 71.

drachme attique était considérée comme équivalant à dix as.

Tite-Live aurait-il commis la même erreur? Nous ne le croyons pas; mais le texte précité ne nous paraît pas avoir le sens qu'on lui prête. Si, pour maintenir un affranchi dans les tribus rurales, on exige qu'il soit propriétaire d'un fonds de terre d'une valeur supérieure à 75,000 as, cela suppose qu'il a une fortune beaucoup plus considérable. Pour exploiter un fonds de plus de douze hectares, il faut des capitaux, il faut aussi des animaux et des esclaves. Le privilège accordé par les censeurs n'aurait pu être invoqué que par les affranchis dont la fortune atteignait, dépassait même le cens de la première classe. Est-ce admissible, alors qu'on voit la même faveur attribuée à l'affranchi qui a tout simplement un enfant de cinq ans? La pensée des censeurs a été de ne pas modifier la situation des affranchis qui présentaient des garanties suffisantes, ceux qui étaient mariés et pères de famille, ou qui avaient une propriété rurale d'une valeur un peu supérieure à la moitié du cens de la cinquième classe (125,000 as de deux onces).

On a objecté que les chiffres du cens donnés par Pline représentent une valeur trop forte pour le temps de Servius, et ne sont pas en rapport avec la fortune très modeste des Romains des premiers siècles. Tite-Live dit qu'en 338 on était riche avec 10,000 as (1). On a, croyons-nous, exagéré la pauvreté des Romains au temps des rois. Il ne faut pas perdre de vue que Tite-Live parle de deux esclaves qui reçurent du sénat la liberté et 10,000 as. Cette somme qui, au siècle d'Auguste, aurait été peu de chose pour un affranchi, pouvait bien constituer pour lui une fortune au quatrième siècle. Tite-Live ne dit pas qu'il en aurait été de même pour un ingénu. Ce qui permet de croire que les Romains n'étaient pas si pauvres qu'on le dit souvent, ce sont les chiffres des sommes qu'ils devaient déposer entre les mains des pontifes pour engager un procès : le montant était de 500 as ou de 50 as, suivant que l'objet du litige avait une valeur supérieure ou inférieure à 1,000 as (2). Le maximum des amendes prononcées par les magistrats était, d'après la loi Mænenia Sestia de l'an 302, de trente bœufs et deux brebis (3), soit 3,020 as. En 356, le peuple condamna deux tribuns militaires à une amende de 10,000 as (4). Si cette amende avait été égale à la fortune d'un citoyen de la troisième ou de la quatrième classe,

(1) Liv., IV, 45.
(2) Gaius, IV, 14. La règle est spéciale à la procédure par serment.
(3) Gell., XI, 1.
(4) Liv., V, 12. Cf. Belot, *Hist. des chevaliers*, I, 260.

c'eût été une véritable confiscation de tous les biens de l'accusé.

Les chiffres du cens indiqués par Pline peuvent donc très bien s'entendre d'as d'une livre. En les prenant pour des as de deux onces, ils exprimeraient des sommes beaucoup trop faibles. Les censeurs de l'an 510, parmi lesquels était Caton, ordonnent de déclarer au cens la valeur des voitures et de la toilette des femmes, lorsqu'elle dépasserait 15,000 as. Une somme de 15,000 as consacrée à des objets de luxe n'était pas considérée comme excédant les limites raisonnables, et cependant ce serait presque le septième du cens de la première classe. Les mêmes censeurs déclarent que les esclaves mineurs de vingt ans, achetés 10,000 as et plus, seront taxés à dix fois leur valeur, c'est-à-dire à 100,000 as.

Ainsi, tant que subsista le régime de la communauté agraire, la propriété foncière fut un élément peu appréciable de la fortune des citoyens. Sans doute, au bout de quelques générations, plusieurs *heredia* pouvaient être réunis dans les mains d'un seul maître, par suite du décès sans enfants des propriétaires ; mais, d'un autre côté, un seul *heredium* pouvait appartenir à un nombre plus ou moins grand de citoyens, et dès lors ne compter dans la fortune de chacun que pour une part très minime. Lorsque, dans la seconde moitié du troisième siècle, la propriété privée des terres gentilices commença à s'introduire, la richesse mobilière ne cessa pas d'avoir une assez grande importance; l'histoire de Cincinnatus en fournit la preuve. Avec une propriété territoriale de sept arpents, qui furent même réduits à quatre, il fut en état de payer 30,000 as pour libérer les cautions qui avaient garanti la comparution de son fils devant l'assemblée du peuple(1).

En résumé, la notion de la propriété à l'époque royale diffère un peu de celle que l'on trouve à l'origine des peuples de race aryenne (2). Elle n'est plus restreinte aux bêtes de trait

(1) Voigt, II, 20, pense que Tite-Live, III, 13, 26, parle d'as d'une once, ce qui réduirait la somme à trois mille as d'une livre. Mais comment aurait-on pu reprocher aux tribuns le taux exagéré d'une caution dont le montant aurait été inférieur au chiffre des plus fortes amendes (*multa suprema*), qui était de trois mille vingt as? Voigt est conduit à cette hypothèse pour donner une base à son opinion, d'après laquelle le jugère vaudrait mille as ; il fait remarquer que Cincinnatus vendit trois jugères pour payer les trois mille as (Val. Max., IV, 4, 7). Il y a là une confusion entre deux faits bien distincts. Val. Maxime dit d'abord que Cincinnatus avait engagé au trésor public, pour un ami, trois arpents, et qu'il les perdit : il ne s'agit pas d'une vente volontaire, mais d'une saisie suivie sans doute d'une vente au profit de l'Etat. Valère Maxime dit ensuite que, sur le revenu de ce qui lui restait, il trouva de quoi payer l'amende encourue par son fils.

(2) Nous n'avons pas à examiner ici une question très débattue depuis quelques années, celle de savoir si la propriété collective est la forme primitive de la propriété foncière. Contrairement à l'opinion commune, Dargun a soutenu que la propriété

ou de somme et aux esclaves; elle s'étend à la maison d'habitation et au jardin potager (1). Elle est encore bien éloignée de la notion de la propriété telle que la conçoit le droit moderne. Elle en diffère par son fondement, sa sanction, son objet et son étendue.

Aujourd'hui, la propriété repose exclusivement sur l'intérêt individuel; à Rome, sur l'intérêt d'une famille tout entière.

Aujourd'hui, la propriété est garantie par l'État, mais tout propriétaire doit s'adresser aux tribunaux pour faire respecter son droit contesté. A Rome, la propriété confère le droit de se faire justice soi-même; mais celui qui en use doit soumettre au juge l'examen de la légalité de son acte.

Aujourd'hui, la propriété s'applique à toute chose corporelle, mobilière et immobilière; à Rome, uniquement à certaines choses : celles auxquelles le chef de famille doit tenir autant qu'à sa vie, parce qu'elles sont nécessaires à l'existence de sa famille.

On voit le chemin qui reste à parcourir pour arriver à la notion moderne de la propriété. Nous suivrons, en étudiant les périodes suivantes, les transformations progressives de la notion première de la propriété chez les Romains.

III

LA CAPACITÉ JURIDIQUE.

L'ancienne langue latine n'a aucun mot pour exprimer les idées de capacité et de personnalité. Les questions touchant la capacité se présentent, dans la Rome antique, sous un aspect très différent de celui qu'elles ont de nos jours. Dans un ouvrage consacré au droit moderne, le chapitre sur la capacité juridique aurait pour objet de déterminer les personnes qui ont l'aptitude à devenir les sujets de droits ou d'obligations. Cette conception suppose que le droit existe d'une manière abstraite, qu'il a pour

collective n'est qu'une forme de transition entre la propriété individuelle des premiers âges et celle des temps modernes. (*Ursprung und Entwicklungsgeschichte des Eigenthums,* dans Z. f. vgl. Rw., 1884, *t.* v, 3 et 177.)

(1) La distinction que nous avons présentée de l'*heredium*, de l'*ager gentilicius* et de l'*ager publicus,* se retrouve dans les anciennes communautés agricoles des Teutons. Elles se composaient, d'après S. Maine (*Etudes d'hist. du droit*, 106), d'un certain nombre de familles occupant, à titre de propriété, un district divisé en trois parties : la *Marke* du township ou village, la *Marke* commune, la *Marke* arable ou terre cultivée.

but la réalisation plus ou moins parfaite de l'idée de justice. Aujourd'hui, il suffit à l'homme de naître pour avoir la capacité juridique; il en jouit tout naturellement, comme de l'air qu'il respire; le droit lui vient, sinon du ciel, du moins de la prévoyance de l'État. Aussi est-il tenté de considérer le droit comme une création de l'État. Historiquement, rien n'est moins exact, et, pour s'en convaincre, il suffit d'observer comment l'État est intervenu dans la formation du droit privé.

Au début, son rôle se réduit à accorder son appui au propriétaire qui, après avoir fait reconnaître la justesse de sa prétention, veut se faire justice à lui-même. Nul ne peut, pas même le roi, s'opposer à la contrainte privée exercée par le propriétaire quiritaire. C'est là une force très grande pour celui qui agit avec l'approbation tacite des curies.

L'avantage que trouvèrent les particuliers dans cette protection accordée par l'État les engagea à la solliciter pour des intérêts de jour en jour plus nombreux. L'État fit ses conditions : il dit dans quels cas il promettait, dans quels cas il refusait sa garantie. Dès lors, comme les droits tiraient leur efficacité de la garantie de l'État, on en vint à penser qu'ils n'existaient que par la volonté de l'Etat. On finit par regarder l'État comme la source de tout droit.

§ 1er. — *Les patriciens et le droit des Quirites.*

Au temps des rois, il n'existe, à notre connaissance, qu'un seul droit directement placé sous la garantie de l'État, en vertu d'une disposition générale : c'est celui du chef de famille sur les personnes et sur les choses qui composent sa maison. On remarquera d'ailleurs qu'à cette époque l'État n'était pas considéré comme un être intellectuel, comme une personne morale. L'État ne fut, dans l'origine, que l'ensemble des curies, la réunion des paroisses qui composaient la cité. La garantie de l'État n'était autre chose que la garantie des curies. Il y a lieu dès lors de penser que les patriciens furent d'abord seuls capables de placer leurs intérêts sous la protection des curies. Cette conjecture paraît confirmée par la dénomination donnée à ce droit : on l'appelle droit des Quirites (*jus Quiritium*).

Quel est le sens du mot Quirites? Sur la foi de Varron, on a souvent répété que Quirites vient de Cures, et désignait primitivement les habitants de cette cité sabine. Cette assertion est difficile à admettre : les habitants de Cures s'appellent *Curenses*. Puis, même en supposant qu'ils aient porté le nom de Qui-

rites, on ne voit pas pourquoi l'on aurait étendu cette dénomination aux habitants des sept monts. Enfin l'expression *populus Romanus Quirites* ne serait pas correcte : il faudrait *populus Romanus* et *Quirites*. L'étymologie proposée par Varron n'est donc rien moins que satisfaisante (1).

Un passage de Festus conduit à une explication plus acceptable. Les Romains, dit-il, ont été appelés Quirites après la conclusion du traité entre Romulus et Tatius. Le nom de Quirites fait allusion à la communauté civile établie entre les tribus (2). Quel est donc le caractère nouveau qui, depuis la fédération des tribus, distingue les Romains? C'est, a-t-on dit, qu'ils sont tous armés de la lance sabine. *Quiris,* d'après Varron (3), signifie lance sabine. Cette étymologie n'est pas plus sûre que la précédente. Il y a deux raisons pour l'écarter : la lance des Romains ne porte jamais le nom de *quiris,* mais celui de *hasta;* puis le mot *Quirites* désigne toujours le citoyen romain à l'état de paix : c'est l'antithèse du mot *milites* (4). *Quirites* doit venir de *curia :* c'est la qualité de membres des curies qui, depuis la fédération des tribus, forme le trait commun à tous les habitants de la cité. Cette étymologie est en harmonie avec l'explication donnée par Festus; puis le rapport de Quiris et de curie ressort de la dénomination donnée à Junon, déesse des curies : on l'appelle *Juno Curis* ou *Quiritis* (5).

Les *Quirites* ne sont donc autre chose que les membres des curies, c'est-à-dire les patriciens. Le *jus Quiritium,* c'est le droit que les patriciens seuls peuvent invoquer. Telle est, du moins à notre avis, l'acception primitive de cette expression.

Le droit des Quirites s'applique spécialement aux droits du maître sur les personnes et sur les choses qui composent sa maison. Ce sont les biens les plus précieux que les curies ont voulu garantir d'une façon particulièrement énergique. L'effet de ce droit est remarquable : celui qui en est investi a la faculté de recourir à la force pour se faire rendre sa chose injustement retenue par un tiers, après avoir toutefois fait reconnaître par le roi, représentant les curies, ou par un de ses délégués, le bien

(1) Varr., L. l., VI, 68. Cf. Mommsen, III, 5.

(2) P. Diac., v° *Quirites :* Quirites autem dicti post fœdus a Romulo et Tatio percussum communionem et societatem populi factam indicant. Cf. Belot, I, 312.

(3) Denys, II, 48.

(4) Liv., XLV, 37.

(5) Denys, II, 50. La seule objection qu'on pourrait adresser à cette étymologie, c'est que, dans *curia, u* est long, tandis que, dans *Quirites, i* est bref ; mais l'objection n'est pas décisive, car, dans *decuria, u* est bref, ainsi que le fait remarquer Mommsen, III, 5, n. 2. Cf. Lange, I, 91; Bouché-Leclercq, 4.

fondé de sa prétention. Il y a là un avantage important pour le propriétaire qui peut se prévaloir de sa qualité de membre des curies. C'est cet avantage qui distingue la propriété que nous appelons *quiritaire,* bien que ce mot ne traduise pas exactement l'idée que les Romains exprimaient par la locution *dominium ex jure Quiritium.*

D'où vient cette sanction réservée à la propriété des membres des curies, et comment s'est établi ce droit des Quirites? La nature de la sanction fournit à cet égard une indication caractéristique : la sanction est purement civile; il n'est aucunement question d'une peine religieuse. Il est donc permis de croire que le droit des Quirites n'a pas été institué par le roi, interprète de la volonté des dieux. On a dit cependant que la propriété quiritaire eut, dans le principe, un caractère religieux. Une loi royale déclarait *sacer* celui qui déplaçait les bornes d'un champ consacrées au dieu Terme. Mais la protection des limites est distincte de la protection de la propriété : l'une a pour but de prévenir des contestations entre propriétaires voisins, qui se disputent la possession de quelques pieds de terrain; l'autre, une usurpation totale ou partielle du fonds d'autrui. Dans le premier cas, le propriétaire peut tuer impunément son voisin ; dans le second, il n'a que le droit de reprendre sa chose, après avoir fait reconnaître par le magistrat la légitimité de sa demande.

D'autre part, le droit des Quirites n'est pas un privilège de la propriété foncière : il s'applique également à des choses qui ne sont pas consacrées au dieu Terme, à la propriété d'un esclave, d'une bête de trait ou de somme. La notion première de la propriété quiritaire s'est formée, il est vrai, sous l'influence d'idées religieuses : elle a été restreinte aux choses que l'on considérait comme placées sous la protection des dieux, en raison de leur affectation aux besoins de la famille. Mais à cela se bornent les rapports qui existent entre la religion et la propriété.

Envisagé au point de vue de sa sanction, le droit des Quirites nous apparaît comme une institution purement civile; il doit avoir été établi par les membres des curies, par une loi curiate. Les membres des curies se sont engagés à se garantir respectivement la propriété de leur *familia.* C'est la définition même de la loi, d'après Papinien (1). Le roi, chargé d'assurer l'exécution de cet engagement, était tenu de prêter son appui à qui le réclamait à juste titre. Deux faits viennent confirmer cette conjecture :

(1) Pap., 1 Defin., D., I, 3, 1 : lex est..... communis rei publicæ sponsio.

1° Le *jus Quiritium,* portant sur une maison tout entière, ne peut être transmis par testament ou par adrogation sans le concours des curies appelées dans leurs comices. N'est-ce pas la preuve qu'il a son fondement dans la volonté de ces mêmes curies?

2° Le *jus Quiritium,* portant sur une personne ou sur une chose faisant partie de la maison, s'acquiert par un mode purement laïque : la mancipation. Mais, au lieu de convoquer les curies pour un acte d'aussi minime importance, on se contente de cinq témoins citoyens romains et pubères.

S'il est vrai que le droit des Quirites soit réservé aux patriciens, quelle était la situation des plébéiens, en supposant qu'ils fussent à l'époque royale exclus des curies? N'avaient-ils pas, au moins, depuis Servius, la capacité juridique à titre de citoyens? Au point de vue de nos idées modernes, nous ne comprendrions pas qu'il ait existé une différence à cet égard entre les membres d'une même cité. Il en fut pourtant ainsi à Rome au temps des rois.

§ 2. — *Les plébéiens.*

Tant que la cité se composa exclusivement des patriciens et de leurs clients, on put dire que tout citoyen, pourvu qu'il fût maître de maison, était recevable à invoquer le droit des Quirites. Mais lorsque, après les réformes de Servius, la plèbe fut appelée à participer aux charges du service militaire et de l'impôt, c'est l'inscription sur les registres du cens qui, aux yeux de l'État, distingua les citoyens de ceux qui ne l'étaient pas. L'acquisition du droit de cité n'eut pas cependant pour effet d'assimiler les plébéiens aux patriciens.

Dans quelle mesure furent-ils admis à participer à la vie juridique? Les renseignements directs font défaut, mais il est vraisemblable que les plébéiens eurent une situation analogue à celle que les traités accordaient à certains pérégrins. Ils avaient le *conubium* entre eux, sinon avec les patriciens, puis le *commercium.*

Comme citoyens, ils avaient, de plus, sans aucun doute, le droit de réclamer la protection du roi, dans le cas où un tiers avait soustrait ou retenait injustement un de leurs biens. Mais en intervenant en leur faveur, le roi agissait non plus en exécution d'une loi, mais en vertu de son pouvoir discrétionnaire, comme magistrat chargé de maintenir l'ordre dans la cité. De là le caractère arbitraire de ses décisions, de là les plaintes que firent entendre si souvent les plébéiens. Ce qu'un roi leur avait

donné, un autre le leur retirait. Ce fut bien pis lorsque les rois eurent été remplacés par des consuls annuels, suspects de partialité pour les patriciens. La plèbe réclama avec insistance la promulgation d'un droit égal pour tous les citoyens.

§ 3. — *Les pérégrins.*

L'existence de rapports juridiques entre les Romains et les peuples étrangers semble, à première vue, difficile à concilier avec le caractère exclusif du droit aux premiers siècles de Rome. La différence de culte paraît opposer un obstacle infranchissable à toute communauté de droit. Des causes diverses, les unes politiques, les autres économiques, ont rapproché les habitants des cités voisines; ils ont conclu des traités soit pour se défendre contre un ennemi commun, soit pour faciliter l'échange de leurs produits, ou pour favoriser le développement de la population. Bien avant la fondation de Rome, l'usage s'était introduit chez les peuples gréco-italiques de concéder aux étrangers la faculté de participer dans une certaine mesure à la vie juridique d'une cité. En Italie, on voit aussi de bonne heure les cités se grouper suivant leurs affinités et former des confédérations (1), non pas seulement dans un but politique ou religieux, mais aussi en vue de faciliter les rapports d'affaires entre les membres de ces cités.

L'existence de ces traités prouve que les peuples de l'Italie centrale étaient arrivés, dans les premiers siècles de Rome, à un degré de civilisation relativement assez avancé. L'échange ne leur suffisait plus; les besoins du commerce établissaient des rapports permanents entre les habitants des cités voisines; ces rapports devaient être réglementés. Chez un peuple encore dans l'enfance, où les transactions se bornent à l'échange des produits, cette réglementation n'eût pas été nécessaire.

Rome ne jouit pas dès l'origine de ces privilèges. Tite-Live déclare que les Romains n'avaient pas le *conubium* avec leurs voisins (2). Vraie ou fausse, la légende du rapt des Sabines prouve tout au moins que les Sabins ne se souciaient pas de traiter avec eux. Cette disposition d'esprit ne tarda pas à se modifier. Au temps de Tullus Hostilius, le combat des Horaces contre les Curiaces suppose l'existence du *conubium* entre Albe et Rome (3). Servius conclut avec les cités latines un traité qu'il fit graver sur

(1) On les appelait *nomina*. Telles furent celles des Latins, des Samnites, des Lucaniens, des Herniques.
(2) Liv., I, 9.
(3) Denys, III, 13; Diod. Sic., VIII, 22.

une colonne de bronze et qui subsistait encore au huitième siècle. Denys nous fait connaître sinon les détails, du moins le sens des clauses de ce traité (1). Il consacrait, selon toute probabilité, pour chacun des États contractants, la faculté de conclure des mariages, d'entrer en relations d'affaires avec les autres, et de se faire rendre justice (2).

Les facultés dont l'exercice était autorisé par ces traités sont désignées par les mots *conubium* et *commercium*. Ces deux mots ont reçu, suivant les époques, des significations différentes ; il importe de préciser le sens que nous leur donnons ici.

Le *conubium* est la faculté pour les citoyens de deux États différents de contracter ensemble des mariages réguliers (3). Il ne faut pas s'étonner que la faculté de conclure un acte religieux, tel que le mariage, fasse l'objet d'un traité entre deux nations. A Rome, et sans doute aussi dans les cités italiques, la religion était subordonnée à l'État. Il appartenait à l'État de déclarer s'il ne voyait pas d'inconvénients à admettre le mélange des cultes de deux cités différentes.

Le *commercium* est la faculté pour les membres d'une cité de conclure avec ceux d'une autre cité des actes tendant à l'aliénation ou à l'acquisition d'une chose, en accomplissant les solennités requises pour rendre certaine l'existence de ces actes (4). Ces solennités sont celles de la mancipation.

Le *commercium* conférait également la faculté de prendre part à un *nexum*. Le *nexum* était considéré comme un acte par lequel on disposait éventuellement de ses services au profit du prêteur d'argent.

En somme, le *commercium* conférait le *jus nexi mancipiique* que les Douze Tables accordent aux *Sanates*.

Le *commercium* n'a pas été restreint au *nexum* et à la mancipation : on l'a étendu à l'usucapion. L'usage paisible et prolongé

(1) Denys, IV, 26, 30.

(2) La création par Servius du marché international sur l'Aventin, près du temple de Diane, implique la faculté de conclure des actes juridiques valables. On peut affirmer que, peu de temps après, Rome avait le *conubium* avec Tusculum, puisque Tarquin le Superbe maria sa fille avec un Tusculan. (Liv., I, 49; Denys, IV, 45.) Le traité que Tarquin conclut avec Gabies confirme les habitants dans la possession de tous leurs biens.

(3) Liv., I, 9; Cic., De or., I, 9; De Rep., II, 37.

(4) Ulpien dit que le *commercium* est *emendi vendendique invicem jus* (XIX, 5). Le mot *emere* est pris ici dans son acception la plus large, et désigne tout acte tendant à l'aliénation ou à l'acquisition d'une chose. C'est seulement en droit classique qu'il a reçu une signification plus étroite, et qu'il sert à désigner le contrat consensuel de vente. Le mot *emere* comprenait anciennement même les acquisitions à titre gratuit, jusqu'à ce que la loi Cincia eût soumis ces sortes d'actes à des règles particulières.

d'une chose est considéré comme équivalent à la mancipation pour mettre l'acte de prise de possession à l'abri de toute contestation (1).

Les actes conclus par un pérégrin jouissant du *commercium* ne lui conféraient pas le droit des Quirites avec ses conséquences. Le *commercium* n'a trait qu'à la forme et non au fond du droit. Un passage de Tite-Live en fournit la preuve : en 561, on accorda aux alliés, investis déjà du *commercium,* la faculté d'invoquer les lois relatives au droit de dettes, comme s'ils étaient citoyens romains (2). La concession du *commercium* n'a d'autre effet que d'autoriser le pérégrin à se faire rendre les choses qu'il a acquises d'un citoyen romain, en s'adressant à des juges spéciaux appelés *recuperatores.*

Indépendamment du *conubium* et du *commercium,* les traités conclus entre Rome et les cités italiques consacraient le droit pour les habitants des deux cités d'ester en justice. C'est ce qu'Ælius Gallus appelle *reciperatio.* Il y a, dit-il, *reciperatio,* lorsque entre le peuple romain, d'une part, un royaume ou une cité libre, d'autre part, est conclu un traité déterminant le mode suivant lequel les citoyens de chacun des États contractants se feront rendre, et recouvreront par le moyen de *recuperatores* ce qui leur appartient, feront respecter leurs intérêts privés (3). Il suit de là que les traités de ce genre placent les intérêts privés des membres des États contractants sous la garantie de la loi ; ils permettent aux citoyens de l'un de ces États d'agir devant les tribunaux de l'autre État (4).

(1) Varr., R. r., II, 10. La notion du *conubium* et du *commercium* ne doit pas être restreinte aux rapports entre citoyens romains et pérégrins. Le *conubium* et le *commercium* peuvent exister soit entre les *gentes* d'une même curie, soit entre les *gentes* de curies ou même de tribus différentes d'une même cité. La concession du *conubium* et du *commercium* devait être l'une des clauses de la fédération des *gentes.* Cf. Lange, *Röm. Alterth.,* I, 70, 147 ; Carle, *Le origini del diritto romano,* 460. Landucci, *Storia del diritto romano,* 690, va un peu loin en disant que le *conubium* et le *commercium* ont la même signification entre les familles de la *gens* qu'entre les *gentes* de la cité. Entre membres d'une même *gens,* la concession du *conubium* proprement dit ne se conçoit guère, tant que les familles composant la *gens* sont restées unies par la communauté de culte.

(2) Liv., XXXV, 7. Voigt (I, 275 ; *J. N.,* II, 111) pense qu'un pérégrin jouissant du *commercium* ne peut, sans une concession spéciale (*commercium agrorum*), acquérir la propriété d'une terre située sur le territoire de Rome.

(3) Festus : *Reciperatio* est, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

(4) Dans le plébiscite *de Thermessibus* du septième siècle, le mot *recuperatio* est pris dans le sens de *judicium recuperatorium.*

LIVRE II

DE LA LOI DES DOUZE TABLES
A LA DIVULGATION DES ARCHIVES PONTIFICALES

CHAPITRE PREMIER

Des changements survenus dans l'état social après la chute de la royauté.

I

SÉPARATION DES POUVOIRS CIVILS ET RELIGIEUX.

A la chute de la royauté, le pouvoir royal fut démembré. L'autorité religieuse fut séparée de l'autorité civile : celle-là fut confiée au grand pontife, celle-ci à deux magistrats patriciens, appelés d'abord *judices* (1), ou *prætores*, et à partir du quatrième siècle consuls. Pour prévenir le retour des abus du régime monarchique, on limita de deux manières les pouvoirs des nouveaux magistrats : au lieu d'être viagers, ils devinrent annuels ; au lieu d'être concentrés sur la tête d'un seul, ils eurent deux titulaires. Chacun des consuls fut investi de pouvoirs identiques. Par suite, si l'un d'eux abusait de son pouvoir, l'autre était en mesure de paralyser une décision qu'il jugeait mauvaise par une décision contraire. Le principe de la collégialité eut pour conséquence le droit d'intercession (2).

Les pouvoirs des consuls sont résumés dans les deux mots *potestas* et *imperium*. La *potestas* leur était conférée par un vote des centuries ; l'*imperium*, par une loi curiate. Quelle est la portée respective de chacun de ces pouvoirs ? On est d'accord pour reconnaître que l'*imperium* comprend le commandement militaire. C'est là une indication qui permet, croyons-nous, de résoudre la ques-

(1) Liv., III, 55; Cic., De leg., III, 3.
(2) Voy. sur l'intercession, Mommsen, I, 253 (300).

tion. Le chef militaire a un droit absolu à l'obéissance de ses soldats, et il peut en user pour le bien de l'État d'une manière discrétionnaire. Ce qui distingue ce droit, c'est son caractère arbitraire : tel est aussi le caractère de l'*imperium*. Celui qui en est investi a le droit d'imposer sa volonté à ses concitoyens en temps de paix comme en temps de guerre. C'est l'*imperium* qui fait le magistrat, c'est-à-dire, d'après l'étymologie, le maître (1). Bien différente est la *potestas*. Ce mot fait allusion à la situation du chef dans la famille patriarcale ; il éveille l'idée d'un pouvoir qui s'exerce d'ordinaire avec l'assistance d'un conseil et qui consiste à administrer la famille. Pareillement, en droit public, la *potestas* est le pouvoir d'administrer l'État, d'agir au nom et à la place des membres de la cité. La *potestas* fait du magistrat le mandataire du peuple (2).

La *potestas* correspond à peu près à ce que nous appelons aujourd'hui le pouvoir administratif ; l'*imperium*, au pouvoir exécutif. Quant au pouvoir judiciaire, il rentre par certains côtés dans la *potestas*, par d'autres dans l'*imperium*. Sous ce dernier rapport, la notion du pouvoir judiciaire à Rome diffère essentiellement de celle du droit moderne. Les Romains reconnaissent aux magistrats jouissant de l'*imperium* le droit de paralyser l'application de la loi, lorsque le bien public le commande. Nous verrons plus tard comment les préteurs ont utilisé cette prérogative pour introduire dans le droit privé d'heureuses améliorations.

Les consuls exerçaient alternativement, pendant un mois, les pouvoirs administratif et judiciaire. Durant cette période, ils avaient à leur disposition douze licteurs portant des faisceaux. C'est le plus âgé des consuls qui entrait le premier en fonction. Avant l'expiration de l'année, les consuls devaient réunir les comices centuriates pour faire élire leurs successeurs (3).

Le pouvoir consulaire est suspendu lorsque le sénat décide qu'il y a lieu de nommer un dictateur. Il faut des circonstances

(1) Festus, v° *Magisterare :* magistri... dicuntur quia... magis ceteris possunt; unde et magistratus, qui per imperia potentiores sunt quam privati.

(2) Festus : *cum imperio est* dicebatur apud antiquos cui nominatim a populo dabatur imperium. *Cum potestate* est dicebatur de eo qui a populo alicui negotio præficiebatur. Cf. Lange, *Röm. Alterth.*, I, § 46 ; Kuntze, II, 71 ; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, 128. Voy. cep. Rubino, *Untersuchungen*, 360 ; Mommsen, I, 22 (24). Carle, *Le origini*, 236.

(3) Si, dans le cours de l'année, l'un des consuls meurt ou abdique, son collègue doit aussitôt le faire remplacer par un *suffectus*, élu également par les centuries. En cas de décès ou d'abdication des deux consuls, les *patres* nomment un interroi, choisi parmi les sénateurs curules patriciens, pour convoquer les comices et faire élire de nouveaux consuls. Au bout de cinq jours, l'interroi transmet son pouvoir à un autre sénateur qu'il désigne lui-même. Les interrois se succèdent, de cinq jours en cinq jours, jusqu'à ce que l'élection ait eu lieu. Willems, *Le sénat*, II, 13 ; Mommsen, I, 630.

graves pour qu'on autorise la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul homme, comme au temps des rois. On ignore, dit Tite-Live (1), quand fut créée la dictature. Le premier patricien qui ait été élevé à cette dignité paraît avoir été T. Larcius Flavus, le consul des années 253 et 256. Le dictateur (*magister populi, prætor maximus*) est nommé par l'un des consuls et généralement sur la désignation du sénat. Il doit se faire conférer l'*imperium* par une loi curiate, et ne peut rester en fonction plus de six mois (2).

II

LE TRIBUNAT DE LA PLÈBE.

L'organisation sociale de Rome a subi, peu d'années après l'établissement de la République, une modification profonde. Cette modification fut le résultat de deux causes distinctes : d'une part, la transformation des communautés agraires en propriétés privées, et par suite le relâchement des liens qui unissaient entre elles les maisons composant les *gentes* patriciennes; d'autre part, en face de ces groupes naturels qui se désagrègent, la constitution d'un groupe factice, puissant par le nombre de ses membres et comprenant la masse des plébéiens. Examinons de près cette seconde cause; nous retrouverons la première en étudiant le régime de la propriété.

Les premières années de la République furent peu favorables à la plèbe. La défaite de la royauté avait assuré le triomphe du patriciat. La plèbe se vit retirer les terres que Servius lui avait données (3). On lui permit, il est vrai, de mettre au pillage les biens des Tarquins; mais c'était pour lui ôter l'espoir de se réconcilier jamais avec les rois. Privée de ses protecteurs naturels, la plèbe resta sans ressource et sans défense au milieu d'une société jalouse, dont l'esprit étroit ne sut pas lui faire une place dans la cité. Cependant, tant que vécut Tarquin, le patriciat n'abusa pas de son pouvoir; il fit même quelques concessions à la plèbe. Le consul Valerius Putitus (4) fit voter une loi qui donnait à tout citoyen le droit

(1) Liv., II, 18.
(2) Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 18.
(3) Hemina, ap. Non. Marcell., v° *Plebitatem;* Salluste, Hist., I, 9.
(4) Le surnom de ce consul, qu'on appelle généralement *Publicola*, a été révélé par une inscription publiée par J. B. de Rossi (*Ephemeris epigraphica*, II, 95). *C. I. L.*, XIV, 2236.

d'appel au peuple (*provocatio*) contre les peines capitales prononcées par les magistrats à Rome et dans le rayon d'un mille. Quelques années après, lorsque Porsenna, à l'instigation des Tarquins, vint assiéger Rome, on n'oublia rien pour se concilier la plèbe et l'empêcher d'ouvrir les portes de la ville : on fit des achats de blé pour le mettre à prix réduit à la disposition des habitants. Le monopole du sel, dont le prix était fort élevé, fut ôté aux particuliers et donné à l'État; on affranchit la plèbe des droits de douane et des impôts, dont le poids retomba sur les riches, qui pouvaient plus aisément le supporter. Lorsque les Volsques vinrent assiéger Rome, le consul défendit de retenir en prison ou dans les fers un citoyen romain et de l'empêcher de se faire inscrire comme soldat, de saisir ou de vendre les biens d'un soldat pendant qu'il serait à l'armée, d'arrêter ses fils ou ses petits-fils (1). Mais, la guerre terminée, le sénat ne tint pas les engagements du consul; il fit plus : il essaya d'enlever aux plébéiens le bénéfice de l'appel au peuple, en créant une magistrature temporaire investie de pouvoirs absolus, la dictature. La plèbe quitta Rome, et alla s'établir hors de l'enceinte de la ville, sur le mont Sacré. Pour la première fois en 260, elle apparaît à l'état de groupe obéissant à une direction commune.

Ce n'est plus ce ramas d'individus isolés les uns des autres et qui étaient sans force en face des groupes qui composaient la cité depuis son origine. Pour se défendre efficacement, les plébéiens formèrent entre eux une ligue. Ils eurent leurs assemblées, leurs caisses, leurs archives. Les assemblées de la plèbe portaient le nom de conciles et jouaient un rôle analogue à celui des comices. Elles prenaient des décisions obligatoires pour les membres de la plèbe; elles exerçaient sur eux un pouvoir de juridiction pour toute contravention aux plébiscites. On ne peut pas dire cependant que la plèbe formât un État dans l'État : elle n'avait ni armée, ni tribunaux proprement dits, ni prêtres, ni pontifes (2).

Les chefs de la plèbe furent appelés tribuns, non pas parce qu'ils étaient nommés par les tribus, mais parce que les premiers qu'on choisit étaient des tribuns militaires qui se trouvaient être des plébéiens. Ils furent d'abord au nombre de deux, sans doute parce que les autres tribuns militaires étaient patriciens (3). Comment étaient élus les tribuns de la plèbe? C'est

(1) Liv., II, 3, 8, 9, 24.
(2) Cf. Mommsen, III, 147 (166).
(3) Varr., L. l., V, 81. Cf. Mommsen, II, 179, 263. Voy. cep. Schmidt, *Hermes*, 1886.

une des questions les plus obscures du droit public romain. Le seul fait que l'on connaisse avec certitude, c'est que les tribuns furent d'abord élus par les curies (1), et depuis 283 par les tribus. Tout le reste est douteux, non pas que les textes fassent défaut; mais à cause des contradictions ou des impossibilités qu'ils renferment (2). Le mode de composition des assemblées par curies où étaient élus les tribuns, aussi bien que la cause de la substitution des tribus aux curies, nous échappent.

Si les plébéiens, en formant un groupe compact, avaient borné leur ambition à poursuivre en commun la réalisation d'intérêts privés, l'État n'aurait pas eu à s'en préoccuper, pas plus qu'il ne s'inquiétait des collèges de marchands ou d'artisans. Tout autre était leur but : victimes de l'arbitraire des magistrats patriciens, ils étaient décidés à ne plus souffrir d'injustices. C'est l'organisation même des magistratures qu'ils mirent en question. Le pouvoir des consuls, tempéré à l'égard des patriciens par la présence et l'intervention du sénat, était sans limites vis-à-vis des plébéiens. Les restrictions que la constitution n'avait pas su établir, la plèbe, poussée à bout, résolut de les imposer.

Elle eut recours, il faut bien le dire, à des procédés révolutionnaires. Le signal fut donné par les plébéiens qui faisaient partie des légions : au moment où les consuls les convoquaient pour marcher contre les Èques, ils abandonnèrent leurs chefs et se retirèrent à trois mille pas de la ville, sur le mont Sacré (3). Cette désertion en masse émut vivement les patriciens; ils jugèrent qu'il était de leur intérêt de céder. La plèbe fit ses conditions; elle stipula le droit d'avoir des représentants chargés de la protéger contre les consuls. L'intervention des tribuns devait avoir pour effet d'arrêter l'exécution des actes des magistrats de la cité toutes les fois que les intérêts des plébéiens seraient en jeu. C'était là une faculté exorbitante et qui le devint bien plus encore par la suite. On conçoit aisément quelle extension des hommes audacieux, entreprenants, purent donner à une prérogative aussi mal définie.

Régulièrement la mission des tribuns consistait à faire respecter l'autonomie du groupe plébéien, à peu près comme le maître de maison faisait respecter l'indépendance de sa famille. Mais

(1) Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains*, I, 111, soutient que, malgré le témoignage contraire des historiens, on doit admettre que les tribuns furent, dès le début, élus par les tribus.

(2) Cic., P. Cornel., ap. Ascon.; Denys, VI, 89; Liv., II, 56, 60; Dio Cass., ap. Zonar., VII, 47. Cf. Labbé, sur Ortolan, I, 764; Mommsen, III, 151 (169); Willems, *Le sénat*, I, 287; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 69.

(3) Liv., II, 32.

le chef de famille était justiciable des magistrats de la cité, le tribun ne l'était pas. L'autorité de l'État, qui expirait au seuil de la maison, devait pareillement céder devant la volonté du tribun qui se portait au secours d'un plébéien. Voilà pourquoi le pouvoir des tribuns est surtout négatif : les tribuns doivent défendre leur groupe contre les empiétements de l'État. Ils ne s'en tinrent pas là ; ils se servirent de leur prérogative pour contraindre les patriciens à adopter certains projets de loi, qui leur paraissaient utiles aux intérêts de la plèbe. Sans doute ils n'avaient pas qualité pour les proposer au Sénat, ni pour convoquer les comices centuriates; mais, indirectement, ils pouvaient arriver à leurs fins, en s'opposant systématiquement aux actes qui touchaient aux intérêts généraux de la cité. C'est ainsi que dans les luttes qui précédèrent la nomination des décemvirs, les tribuns encouragèrent les plébéiens à refuser le service militaire, jusqu'à ce que satisfaction leur eût été donnée. En vain les consuls envoyaient-ils leurs licteurs pour saisir les récalcitrants, les tribuns intervenaient aussitôt et les faisaient relaxer (1). Dans les conflits entre tribuns et consuls, les tribuns avaient le dernier mot. Le consul, qui pouvait donner l'ordre à ses licteurs d'arrêter tout citoyen, devait respecter les tribuns de la plèbe : ils étaient inviolables. L'inviolabilité tribunitienne était garantie par une « loi sacrée ».

Quel était le caractère de cette loi? Les auteurs sont très divisés (2). Les uns y voient une loi proprement dite, une loi centuriate qui aurait consacré les clauses de l'accord intervenu entre patriciens et plébéiens. Mais on n'explique pas, dans cette opinion, pourquoi cette loi est qualifiée *sacrata*. Une loi centuriate, pour être obligatoire, n'a nul besoin d'être confirmée par le serment des citoyens qui prennent part au vote. D'autres ont dit : La loi sacrée est le pacte qui a réglé les conditions de l'accord entre patriciens et plébéiens. Ce pacte est un traité international conclu entre les représentants des deux groupes, et qui puise sa force dans le serment par lequel les membres de ces groupes ont juré de le respecter (3). Cette explication souffre plusieurs objections : il est difficile de croire que les Romains

(1) Liv., III, 11.

(2) Herzog, *Die* lex sacrata *und das* sacrosanctum (Iahrb. f. Philol., 1876, p. 139); Lange, *Röm. Alterth.*, I, 592; Schwegler, *Röm. Gesch.*, II, 249; Mommsen, II, 261; Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, I, 99; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 68.

(3) Cette manière d'envisager la loi sacrée s'appuie sur divers passages de Denys, VI, 84, 89; VII, 40; XI, 55. Cf. Voigt, I, 260, II, 823, qui présente la loi sacrée comme un traité conclu entre patriciens et plébéiens avec le concours des fétiaux, et confirmé par le serment de tous les Romains.

aient vu un véritable traité international dans un pacte conclu entre les membres d'une même cité; il ne peut être question ici de traité (*fœdus*) que par métaphore. D'autre part, Tite-Live affirme que le serment, qui garantit la loi sacrée, fut prêté par la plèbe sur le mont Sacré : les patriciens sont demeurés étrangers à cet acte. L'acte auquel ils ont pris part, par l'intermédiaire de leurs délégués, est donc entièrement distinct de celui qui a reçu le nom de « loi sacrée ».

La loi sacrée est l'œuvre exclusive des plébéiens : c'est un plébiscite contenant l'engagement solennel, confirmé par un serment, de vouer aux dieux la tête et les biens de quiconque porterait atteinte à la personne et à la dignité d'un tribun. C'est l'application d'un usage qui a longtemps persisté chez les Romains : les membres d'une corporation s'engageaient à en observer les statuts par un serment solennel (*conjurare*), suivi d'un vœu adressé à une divinité (*convovere*) (1). Cette déclaration avait-elle force obligatoire? Celui qui était voué aux dieux par la plèbe pouvait-il être tué impunément comme un *homo sacer* (2)? Dépendait-il d'un groupe de citoyens d'édicter, sans un vote des comices, une pénalité aussi grave? Directement ce n'était pas possible, mais indirectement on aboutit au même résultat : celui qui n'était pas régulièrement voué aux dieux ne pouvait être tué sans qu'il y eût meurtre. La plèbe prétendit qu'il manquait ici l'un des éléments constitutifs du crime. Une loi de Numa exigeait, pour qu'il y eût meurtre, la volonté coupable, le dol (3). On ne pouvait considérer comme un meurtrier celui qui s'était borné à accomplir son serment. Tel fut l'objet du plébiscite d'Icilius en 262 (4). La loi sacrée est donc un plébiscite que la plèbe s'est engagée à observer sous la foi du serment, et qui déclare *sacer* tout contrevenant, même patricien (5). Ce plébiscite n'a pas force de loi générale : le serment qui le confirme n'a d'autre but que de colorer d'un prétexte religieux la prétention de la plèbe à se faire justice. L'inviolabilité des tribuns reposait uniquement sur la *religio*. Plus tard seulement, après le rétablissement du tribunat, en 305, elle fut consacrée

(1) Voy. *C. I. L.*, I, 196; Girard, 111.
(2) Festus, v° *Sacer* : homo sacer is est quem populus judicavit ob maleficium.
(3) P. Diac., v° *Parricidii* : ...Lex Numæ Pompilii regis his composita verbis : Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit paricidas esto.
(4) Festus, v° *Sacer* : Lege tribunicia prima cavetur, « Si quis eum qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit. »
(5) Festus : *Sacratæ leges* sunt quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. Sunt qui esse dicant sacratas quas plebes jurata in monte Sacro sciverit.

par la loi (1). Dès lors il exista des restrictions légales aux pouvoirs des magistrats de la cité.

La plèbe ne se contenta pas d'affirmer l'inviolabilité de ses tribuns ; il était non moins important pour elle de pouvoir se réunir librement, soit pour élire ses tribuns, soit pour prendre telle décision qu'elle jugerait utile à ses intérêts, sans avoir à craindre que l'assemblée ne fût dissoute par les consuls. Un second plébiscite, rendu en 262, assura aux tribuns la liberté de la parole, en défendant d'interrompre ou de troubler d'une façon quelconque un tribun, pendant qu'il haranguait la plèbe (2).

En résumé, les tribuns jouissaient du pouvoir de convoquer les conciles de la plèbe et de s'opposer à l'exécution de tout acte de l'autorité régulière (décret des consuls, proposition soumise au peuple ou au sénat), mais seulement à Rome et dans le rayon d'un mille autour (3). Ils avaient aussi le droit de coercition, non seulement contre les membres de leur groupe, mais même contre les patriciens. Le condamné avait la ressource d'en appeler aux conciles de la plèbe, ce qui était une bien faible garantie lorsqu'il était patricien (4). La loi des Douze Tables réserva aux comices centuriates le jugement des causes capitales. Comme compensation, la loi Valeria Horatia de 305 conféra aux tribuns le droit de se porter accusateurs devant ces comices (5). Mais les tribuns préférèrent souvent user du droit d'infliger des amendes (*jus multæ dicendæ*), que la loi Aternia Tarpeia leur avait concédé ainsi qu'aux magistrats. Ils prononçaient des amendes énormes, dont l'appel était porté devant les conciles de la plèbe.

Les tribuns avaient pour auxiliaires deux édiles plébéiens, qui étaient notamment chargés de garder dans le temple de Cérès (*ædes Cereris*) les archives de la plèbe. Choisis d'abord par les tribuns, les édiles furent, depuis la loi Publilia Voleronis (283), élus par les conciles plébéiens. La loi Aternia Tarpeia leur conféra comme aux tribuns le droit de prononcer des amendes, et la loi Valeria Horatia les déclara inviolables. En diverses circonstances, le sénat leur conféra à titre temporaire la police de la ville ou la surveillance des jeux publics (6).

Telle fut l'organisation de la plèbe pendant sa lutte séculaire contre le patriciat. Il est bon de remarquer que depuis

(1) Liv., III, 55.
(2) Cic., P. Sest., 37.
(3) Mommsen, II, 281.
(4) Mommsen, II, 290.
(5) Voigt, I, 684 ; Mommsen, II, 291.
(6) Liv., III, 6 ; IV, 31 ; VI, 42.

l'établissement de la République, elle s'était grossie, d'une part, des esclaves affranchis, d'autre part, des étrangers qui avaient obtenu le droit de cité. Le patriciat était devenu une caste fermée : il avait cessé d'ouvrir ses rangs aux familles étrangères qui demandaient leur admission dans la cité. Le dernier exemple connu de collation du patriciat à des étrangers est celui de la *gens* Claudia, qui vint s'établir à Rome six ans après la chute de la royauté (1).

Cependant certaines familles plébéiennes paraissent s'être donné, probablement avec le concours des pontifes et des curies, une organisation analogue à celle des *gentes* patriciennes. Nous voyons dans divers textes que les membres d'une famille plébéienne, autres que les agnats, sont admis à invoquer, sur la tutelle et la succession *ab* intestat, des droits analogues à ceux des *gentiles* (2).

Lorsque la plèbe eut successivement acquis les droits civils et politiques jusqu'alors réservés aux patriciens, elle cessa de former un groupe distinct en face des *gentes* patriciennes. Ce jour-là, on reconnut aux individus des droits qui, antérieurement, n'avaient appartenu qu'aux membres d'un groupe. La victoire de la plèbe assura le triomphe de l'individualisme.

III

PÉNÉTRATION DE LA PLÈBE DANS L'ÉTAT.

§ 1er. — *Les magistratures.*

Au début du quatrième siècle, les revendications de la plèbe prirent un caractère nouveau. Jusqu'alors, elle s'était bornée à réclamer une protection efficace contre les magistrats patriciens : elle l'avait obtenue par la création du tribunat. Mais le tribunat n'était pas une magistrature. La plèbe, après avoir conquis l'égalité civile par la promulgation des Douze Tables, aspira à l'égalité politique : elle voulut avoir accès aux magistratures. La prétention était audacieuse : ce n'était pas seulement une question politique qui était en jeu, mais une question religieuse. Les magistratures supposaient la possession du droit d'auspices, qui

(1) Liv., II, 16. Voy. cep. Suet., Tib., 1, et Mommsen, *Röm. Forschungen,* I, 72, 173, 294; *Staatsrecht,* III, 32, 132 (35, 148); Willems, *Le sénat,* I, 14; Bloch, *Les origines du Sénat,* 261.

(2) Cic., In Verr., I, 45; De orat., I, 39; *C. I. L.*, VI, 1527. Cf. Mommsen, III, 74.

était le privilège du patriciat. Il fallait séculariser les magistratures, comme on venait de séculariser le droit.

En 310, une transaction intervint : il fut convenu que l'on pourrait nommer, à la place des consuls, des tribuns militaires à qui l'on donnerait la puissance consulaire. Ces tribuns, qui étaient régulièrement au nombre de six, comme dans les légions, devaient être choisis indifféremment parmi les patriciens et les plébéiens. La possibilité d'être élu suffit aux plébéiens; en fait, on ne trouve de plébéiens parmi les tribuns militaires investis du pouvoir consulaire qu'en 354. On réserva d'ailleurs au sénat le droit de décider, chaque année, si l'on élirait l'année suivante des consuls patriciens ou des tribuns à puissance consulaire. En trois quarts de siècle, le sénat autorisa cinquante et une fois la substitution des tribuns militaires aux consuls. Cette substitution offrait un avantage réel dans le cas où les consuls auraient été dans l'impossibilité matérielle de suffire aux besoins de leur tâche : au lieu de les mettre dans la nécessité de désigner eux-mêmes des délégués tels que le préfet de la ville, on préférait faire nommer directement par le peuple un nombre suffisant de magistrats. En 387, la loi Licinia ouvrit définitivement le consulat aux plébéiens, et dès lors on cessa de conférer aux tribuns militaires la puissance consulaire.

En même temps que se produisaient ces variations dans l'organisation du pouvoir suprême, on restreignait peu à peu les attributions des consuls. Quatre nouvelles magistratures furent créées dans le cours du quatrième siècle, aux dépens du consulat : la questure, en 307 ; la censure, en 311 ; la préture, en 387; l'édilité curule, en 388.

Les questeurs furent chargés de l'administration du trésor public. D'abord fonctionnaires subalternes, nommés par les consuls, ils devinrent en 307 de véritables magistrats élus dans les comices par tribus. Leur nombre fut porté de deux à quatre en 333, et l'on décida qu'ils pourraient être choisis parmi les plébéiens (1). En fait, ce n'est qu'en 345 que les plébéiens arrivèrent à la questure. Les questeurs, en qualité de trésoriers-payeurs, devaient conserver toutes les pièces de comptabilité, constatant les payements des dépenses ordonnancées par les magistrats supérieurs. On leur donna successivement la garde des lois et des sénatus-consultes, qui se trouvaient ainsi déposés *ad ærarium* (2).

En 311, on confia à deux magistrats patriciens, élus par les

(1) Liv., IV, 43.
(2) Liv., XXXIX, 4, en 567.

comices centuriates, le soin de procéder aux opérations du recensement (1). Les censeurs furent d'abord nommés pour cinq ans. En 320, la loi Æmilia limita à un an et demi la durée de leurs fonctions. Par suite, comme le recensement n'avait lieu en général que tous les cinq ans, il y avait régulièrement une période de trois ans et demi pendant laquelle il n'y avait pas de censeurs en exercice. Depuis l'an 364, il est d'usage que si l'un des censeurs vient à mourir avant la clôture du lustre, le survivant doit abdiquer, et l'on procède à de nouvelles élections.

Les attributions des censeurs, peu étendues dans l'origine, se développèrent avec le temps, surtout depuis que la loi Ovinia (de 436 à 442) leur eut conféré le droit de dresser la liste des sénateurs. Déjà chargés de passer en revue les chevaliers (*recognitio equitum*) et de décider ceux qui devaient être maintenus au corps, ils se trouvèrent investis du pouvoir de juger la conduite morale des citoyens ; ils avaient en effet le devoir de n'inscrire parmi les sénateurs ou les chevaliers que ceux qui étaient dignes de cet honneur. Telle fut l'origine de la police des mœurs (*regimen morum*), qui a joué un si grand rôle dans l'histoire de Rome, surtout au temps de la République, et qui, en bien des cas, donna force obligatoire à des règles que le droit avait laissées dépourvues de sanction. Nous aurons fréquemment l'occasion de montrer comment l'institution de la censure a servi à combler les lacunes de la loi.

Les censeurs reçurent également des attributions financières importantes. Ils furent chargés de dresser le budget des recettes (*vectigalia*) et des dépenses (*ultro tributa*), de rédiger les cahiers des charges des adjudications conclues au nom de l'État, de juger les différends auxquels pouvaient donner lieu les contrats conclus dans l'intérêt de l'État.

En 387, lors de l'admission de la plèbe au consulat, on créa deux nouvelles magistratures : la préture et l'édilité curule, l'une et l'autre réservées aux patriciens. Le haut personnel administratif de la République se trouva ainsi augmenté. Déjà, depuis 310, l'institution des tribuns militaires à puissance consulaire permettait au sénat d'accroître, lorsqu'il le jugeait utile, le nombre des magistrats investis du pouvoir suprême. L'expérience avait montré que cette multiplicité des magistrats répondait à un besoin réel : on en fit une règle générale pour l'avenir; mais au lieu de rendre permanents les six tribuns militaires, on préféra maintenir le consulat et adjoindre aux deux consuls un préteur et deux édiles curules.

(1) Liv., IV, 8. Voy. cep. Mommsen, II, 323.

Le préteur fut chargé de la juridiction civile au lieu et place des consuls. De plus, en leur absence, il avait la garde de la ville, la présidence du sénat et des jeux publics. Comme eux, il était élu par les centuries. Seul de tous les magistrats nouvellement créés, il reçut l'*imperium* joint à la *potestas*.

Les édiles curules étaient élus dans les comices par tribus. Comme les édiles de la plèbe, ils étaient chargés de la police municipale, de l'approvisionnement de la ville et de la police des marchés, de l'organisation et de la police des jeux publics (1). La création de trois nouveaux magistrats patriciens parut aux tribuns de la plèbe bien faiblement compensée par la concession aux plébéiens de l'un des consulats. Sur leur réclamation, on décida que les édiles curules seraient pris, tous les deux ans, parmi les plébéiens (2), et, dans la suite, qu'on pourrait élire indistinctement des plébéiens ou des patriciens. En 417, la préture elle-même devint accessible aux plébéiens. Ainsi tombèrent peu à peu les barrières qui séparaient, au point de vue de l'exercice des magistratures, la plèbe du patriciat.

§ 2. — *Le sénat.*

Au premier siècle de la République, comme au temps des rois, le sénat paraît être resté presque exclusivement patricien. Le premier plébéien à qui Tite-Live donne le titre de sénateur est un tribun militaire à puissance consulaire de l'an 354, P. Licinius Calvus (3). Le nombre des sénateurs est également resté fixé à 300 membres; mais on n'exige plus qu'ils soient *seniores*. Ce fut la conséquence d'un changement introduit dans le mode de recrutement du sénat. Indépendamment des citoyens désignés chaque année par les consuls, il y eut désormais des membres de droit : étaient sénateurs tous ceux qui avaient rempli une magistrature curule. Il y eut de jeunes sénateurs comme il y avait de jeunes magistrats.

La loi Ovinia, rendue entre 436 et 442, conféra aux censeurs

(1) Ils eurent aussi la surveillance des archives. Cf. MOMMSEN, II, 479 ; BOUCHÉ-LECLERCQ, *Manuel*, 13.

(2) LIV., VII, 1.

(3) LIV., V, 12. Les auteurs sont très divisés sur le point de savoir quand les plébéiens sont entrés au sénat. Suivant l'opinion la plus générale, ce serait dès l'établissement de la République. (Cf. MOMMSEN, III, 871.) Mais comment les plébéiens auraient-ils été admis au sénat, alors qu'ils ont dû attendre plus d'un demi-siècle pour obtenir l'égalité de droit avec les patriciens, et qu'on leur a si longtemps refusé l'accès des magistratures ? Cf. SCHWEGLER, *Röm. Gesch.*, II, 144; WILLEMS, *Le sénat*, I, 45 ; BOUCHÉ-LECLERCQ, *Manuel*, 93.

le droit de choisir les sénateurs. La *lectio* n'eut lieu dès lors que tous les cinq ans. De plus, la latitude laissée aux censeurs était assez restreinte : leur choix devait s'exercer, en première ligne, entre les anciens magistrats de tout ordre ayant été en charge depuis la dernière *lectio;* subsidiairement, il pouvait porter sur de simples citoyens. Le sénat devint une assemblée d'anciens magistrats, dans laquelle la plèbe occupa une place de plus en plus grande. Les magistrats plébéiens étant plus nombreux que les magistrats patriciens, les plébéiens finirent par avoir la majorité au sénat (1). Outre les sénateurs, avaient le droit d'entrer au sénat : les magistrats en fonction, les anciens magistrats depuis leur sortie de charge jusqu'au moment où les censeurs dressaient leur liste, le flamine de Jupiter.

Le sénat était présidé dans chaque séance par le magistrat qui l'avait convoqué, ou même par un tribun de la plèbe (2). Le nombre des membres présents n'était pas fixé : le sénat appréciait lui-même s'il était suffisant. Le vote devait avoir lieu dans un temple ou lieu inauguré, désigné au gré du magistrat (3).

§ 3. — *Les comices.*

Les Romains distinguent trois sortes d'assemblées populaires : le *concilium*, qui ne comprend qu'une partie des citoyens, la *contio* et le *comitium,* qui s'adressent au peuple tout entier, mais avec cette différence que, dans la *contio,* il est convoqué pour entendre une communication d'intérêt général, dans le *comitium* pour voter sur une proposition qui est soumise par le président de l'assemblée. Nous n'avons à nous occuper ici que des comices.

Dans les comices la décision appartient, non pas aux individus, mais aux groupes : c'est là un trait distinctif des assemblées populaires des Romains. L'État ne connaît que les groupes, curies, centuries ou tribus. La volonté des individus n'est prise en considération que dans l'intérieur du groupe dont ils font partie. Le suffrage n'est pas universel et direct comme de nos jours : il est collectif. Chaque groupe ne dispose que d'une voix ; par suite l'opinion de chaque individu a d'autant moins de valeur que le groupe compte un plus grand nombre de membres.

Les comices se distinguent par la désignation des groupes qui

(1) Willems, *Le sénat*, I, 168.

(2) On ignore à partir de quelle époque ce droit fut reconnu aux tribuns. Cf. Mommsen, II, 312; Willems, *Le sénat*, II, 137.

(3) Varr., ap. Gell., XIV, 7. Cf. Mommsen, III, 926.

y ont droit de suffrage. Il y en a trois sortes : les comices par curies, par centuries, par tribus.

Les comices curiates n'ont plus, aux premiers siècles de la République, qu'un rôle très secondaire : pour se conformer à la tradition, on continua à les convoquer quand il s'agissait de conférer l'*imperium* à certains magistrats, de changer de *gens* (adrogation, *detestatio sacrorum*, *enuptio*), ou d'instituer un héritier. Ces comices ne répondaient plus aux exigences nouvelles de l'état social. Depuis les réformes de Servius, la plèbe faisait partie de la cité : elle supportait les charges du service militaire et de l'impôt. Comme soldat, le plébéien était l'égal du patricien. Il sembla juste de le consulter à ce titre sur les questions d'intérêt général. L'armée, réunie au Champ de Mars, sous la présidence d'un magistrat investi du commandement militaire, devint dès lors la principale assemblée populaire (*comitiatus maximus*) ; le plébéien y avait le droit de vote, et son suffrage valait celui du patricien.

Dans ces comices, le peuple était réparti en classes et en centuries, suivant la division établie par Servius. La prépondérance était assurée aux riches, qui disposaient de quatre-vingt-dix-huit centuries sur cent quatre-vingt-treize. On votait par centurie et dans chaque centurie par tête.

A côté des comices centuriates, on trouve de très bonne heure les comices par tribus. Il est assez difficile de dire à quelle époque l'usage s'en est introduit. Le groupement par tribus a été appliqué par les tribuns aux conciles de la plèbe, en 283. A-t-il été aussitôt étendu à l'assemblée du peuple ? Il semble que les comices par tribus soient antérieurs aux Douze Tables : les décemvirs attribuent le jugement des affaires capitales au *comitiatus maximus*, c'est-à-dire aux comices par centuries, ce qui suppose l'existence de comices inférieurs chargés des causes de moindre importance. Quels étaient ces comices? Les comices curiates n'ont pas eu, que nous sachions, d'attributions judiciaires ; on peut donc conjecturer qu'il s'agit ici de comices par tribus (1). Ce qui est certain, c'est que du jour où les questeurs ont été élus par le peuple, l'élection a été l'œuvre des comices par tribus. L'institution de cette magistrature remontant, d'après Tacite, à 307, on peut affirmer, tout au moins à cette date, l'existence de ces comices.

Quel motif déterminait les magistrats patriciens à convoquer le peuple par tribus plutôt que par centuries? Très proba-

(1) Mommsen, III, 323 (367). Contra, Voigt, I, 674.

blement une raison de commodité. Les comices par tribus se tenaient sur le Forum : il était bien plus simple de réunir les citoyens sur la place publique que de leur donner rendez-vous hors de la ville, comme cela était nécessaire pour les comices centuriates. Mais on ne soumettait aux comices par tribus que les affaires de moindre importance : aussi les appelle-t-on *comitia leviora* (1). Seuls les magistrats inférieurs, édiles curules et questeurs, étaient élus dans ces comices (2). En matière criminelle, les causes capitales, lorsqu'elles n'étaient pas soumises aux consuls, étaient déférées par les *quæstores parricidii* au jugement des centuries. Les tribus jugeaient les affaires qui entraînaient simplement une peine pécuniaire (*multa*). Le droit de cité ne pouvait être enlevé à titre de peine que par une décision des centuries. La déclaration de guerre devait être ratifiée par les centuries (3).

Dans les comices par tribus comme dans les comices par centuries, la plèbe avait le droit de vote : on finit par le lui accorder dans les comices par curies. Depuis qu'elle était consultée sur les affaires les plus importantes, il n'y avait pas de raison pour lui refuser de prendre part à des comices où s'agitaient surtout des questions d'ordre privé. Ces questions, il est vrai, n'avaient pas grand intérêt pour la plèbe, et cela explique pourquoi, pendant un certain temps encore, les patriciens votèrent seuls dans les curies. Mais il y avait pour les plébéiens une question d'amour-propre : ils ne pouvaient voir d'un œil indifférent le maintien d'une règle qui rappelait une époque où les patriciens étaient les seuls membres de la cité. On ne sait pas au juste quand les plébéiens ont été autorisés à voter dans les curies; mais cette date est certainement antérieure à l'année 545, où un plébéien fut élu *curio maximus* (4). Au temps de Cicéron, la loi curiate *de imperio* était considérée comme un second vote du peuple sur une élection qu'il avait déjà approuvée dans les centuries.

(1) Cic., P. Planc., 3.

(2) Gell., XIII, 15.

(3) Liv., IV, 30 pour l'année 327. Nec obst. Liv., VI, 21 pour 371, qui n'est pas suffisamment explicite. Même au sixième siècle, ce sont les centuries qui sont consultées. Liv., XXXI, 6; XLII, 30. Cf. Mommsen, III, 343 (390.)

(4) Liv., XXVII, 8; Mommsen, III, 94; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 21. Schwegler, *Römische Geschichte*, II, 169, Lange, *Röm. Alt.*, I, 407, Mispoulet, *Les institutions politiques*, I, 146, pensent que les comices curiates ont toujours été composés exclusivement de patriciens.

CHAPITRE II

La loi des Douze Tables.

I

DES CAUSES QUI ONT MOTIVÉ LA RÉDACTION DE LA LOI.

Deux causes principales ont donné lieu à la loi des Douze Tables. Les plébéiens se plaignaient de ne pas avoir des droits égaux à ceux des patriciens, bien qu'ils fussent membres de la même cité. Cette infériorité était surtout sensible pour le droit de propriété. Certes, les plébéiens pouvaient posséder des terres, des esclaves, des bêtes de trait ou de somme; mais cette possession ne leur conférait pas le droit d'invoquer les privilèges réservés aux Quirites.

D'autre part, les règles fondées sur la coutume manquaient de précision. Les magistrats profitaient de cette incertitude pour statuer d'une manière arbitraire à l'égard des plébéiens.

« Lorsque les rois, dit Pomponius, eurent été expulsés en vertu de la loi proposée par le tribun des Célères, J. Brutus (1), toutes les formes antérieures de la législation, les lois royales et les lois curiates, sortirent d'usage. On eut de nouveau recours, soit au droit arbitrairement établi par les consuls ou par les pontifes (*jus incertum*), soit à la coutume, bien plus qu'à des lois soumises aux comices. Le peuple souffrit de cet état de choses pendant vingt ans (c'est-à-dire jusqu'à la création des tribuns de la plèbe : c'est alors que les plébéiens commencèrent à protester contre l'abus de pouvoir des consuls). Plus tard, pour mettre fin à cette

(1) L'expression *lege tribunicia* n'est pas sans difficultés. D'ordinaire elle désigne un plébiscite (Cic., *De leg. agr.*, II, 8; Festus, v° *Sacer mons*); mais, au premier siècle de la République, on ne peut admettre qu'un plébiscite ait pu abroger des lois curiates. Le rapprochement des mots *exactis regibus lege tribunicia* donne lieu de croire qu'il s'agit de la loi qui a décidé l'expulsion des rois. Cette loi fut en effet rendue sur la proposition du tribun des Célères, J. Brutus. (Pomp., eod., 2, 15.) On a sans doute peine à croire qu'un simple officier ait jamais eu légalement le pouvoir de convoquer le peuple pour lui soumettre des projets de loi, mais les auteurs anciens l'affirment pour J. Brutus. (Denys, IV, 11.) Cf. Sanio, *Varroniana*, 53, dont l'opinion a été adoptée par Mommsen, *R. G.*, I, 246; *Staatsrecht*, I, 189; II, 301. Contra, Zumpt, *das Criminalrecht der Römer zur Zeit der Republik*, I, 144; Accarias, I, 66.

situation, on décida l'institution de décemvirs, qui furent dûment autorisés à rédiger des lois, destinées à devenir le fondement de la cité (1). »

A ces griefs se joignait un sujet de plaintes non moins graves quant à l'interprétation des lois criminelles. Il s'agissait sans doute de celles qui avaient un caractère politique, et que les consuls étaient chargés d'interpréter et d'appliquer. Il serait difficile d'admettre qu'on eût subordonné ici la poursuite des coupables à l'avis des pontifes, comme pour les crimes dont la sanction était une peine religieuse. Mais, pour faire contrepoids au pouvoir absolu des consuls, une loi rendue dès la première année de la République, sur la proposition de Valerius Publicola, accorda à tout citoyen condamné à une peine capitale le droit d'appel au peuple (*provocatio*) (2). C'était là une garantie précieuse; elle ne fut pas cependant suffisante. La loi sur l'appel au peuple ne s'appliquait pas aux citoyens jugés hors de Rome ou du premier mille; elle ne les empêchait pas d'être jetés en prison et chargés de chaînes; elle ne les mettait pas à l'abri d'une saisie (*pignoris capio*) ni d'une amende. Dans tous ces cas, la plèbe était sans défense contre l'abus d'autorité des consuls. Trop souvent, elle put leur reprocher de ne pas se servir de leur pouvoir avec modération. Les consuls ne trouvaient pas de peine assez sévère pour frapper qui n'était pas patricien. La création du tribunat de la plèbe permit aux plébéiens de se soustraire à des pénalités injustes : elle n'eut pas d'influence sur la façon de procéder des consuls (3). Il n'y avait ni fixité dans leurs jugements, ni justice égale pour tous, et, comme leurs déci-

(1) Enchir., D., I, 2, 2, 4. De ce récit de Pomponius on a conclu que les lois royales avaient été abrogées au commencement de la République, et que le droit était presque exclusivement coutumier. Mais Pomponius ne dit pas que la coutume ait été la source principale du droit : il la distingue du *jus incertum* et lui attribue même une portée médiocre (*jure magis incerto et consuetudine aliqua uti*). Il ne dit pas non plus que les dispositions des lois de l'époque royale aient cessé d'être en vigueur, mais que ces modes de formation du droit ont disparu à la chute de la royauté. Il pouvait d'autant moins le dire que certaines lois royales subsistaient encore de son temps et avaient conservé leur application. Lui-même caractérise la mission des décemvirs en disant qu'ils reçurent le pouvoir de corriger, s'il y avait lieu, les lois existantes et de les interpréter.

(2) Le peuple n'exerce la juridiction criminelle qu'en qualité de juge d'appel. Voigt, I, 658, 660, 674, pense qu'il était, dans certains cas, juge de première instance concurremment avec les consuls, en cas de complot pour restauration de la royauté d'après la loi de Valerius Publicola de 245, en cas de violation de la loi sacrée de 262. Les *quæstores parricidii,* chargés de l'accusation d'aspirer à la royauté, prirent peu à peu l'habitude de déférer aux centuries toute espèce de crimes, sauf le crime de haute trahison, qui était réservé aux *duoviri perduellionis.* En sens contraire, Mommsen, III, 354 (405).

(3) Liv., III, 9.

sions n'étaient pas appuyées sur l'autorité morale du collège des pontifes, leur pouvoir ne tarda pas à devenir odieux à la plèbe.

De toutes parts s'élevèrent des protestations contre l'inégalité qui existait au point de vue du droit entre membres d'une même cité. En 292, le tribun Terentilius Harsa se fit l'interprète de ces doléances, et demanda la nomination d'une commission de cinq membres, chargée de fixer des limites à l'autorité consulaire. Le projet échoua devant l'opposition du sénat. Renouvelé en 293 et dans les années suivantes, il n'eut pas plus de succès. En 299, les tribuns modifièrent leur demande primitive, qui avait quelque chose de blessant pour les magistrats patriciens. Ils proposèrent au sénat d'agir d'un commun accord, pour mettre fin aux dissensions qui troublaient la cité, et d'autoriser la création d'une commission mixte chargée de rédiger des lois applicables aux membres des deux ordres, afin de les mettre désormais sur le pied de l'égalité civile. Le sénat accepta l'idée de la rédaction de ces lois, mais prétendit que les patriciens seuls pouvaient les donner. Sur ce point, ils furent intraitables, et les tribuns durent accepter cette condition.

II

ENVOI EN GRÈCE D'UNE DÉPUTATION.

Le premier résultat de l'accord intervenu entre les tribuns de la plèbe et le sénat fut l'envoi en Grèce d'une députation de trois membres. Les historiens sont unanimes quant au fait en lui-même (1); ils diffèrent sur le lieu où se rendirent les députés. Les uns parlent d'Athènes, les autres de la Grande-Grèce; d'autres, de la Grande-Grèce et d'Athènes. Le voyage à Athènes est douteux : jusqu'au commencement du quatrième siècle, on ne trouve la trace d'aucun commerce entre Rome et Athènes. Il est plus vraisemblable, en tout cas, que les députés visitèrent plusieurs cités (2) et furent tout d'abord attirés vers celles de la Grande-Grèce, qui étaient célèbres par la sagesse de leurs lois, modelées sur les lois de la Crète et de Sparte. Les Romains devaient avoir entendu parler de ce mouvement de législation et de réforme sociale qui se produisit à la fin du septième et au commencement du sixième siècle avant notre ère, à la suite de

(1) Liv., III, 31, cite les noms des députés; Denys, X, 52.
(2) Gell., XX, 1.

circonstances analogues à celles où Rome se trouvait en ce moment (1). C'est là ce qui explique l'envoi d'une députation : on voulait savoir d'une façon précise comment on avait procédé.

Dans bien des cités antiques, et particulièrement en Grèce, la présence dans une même ville de citoyens de classes différentes avait été une cause de discordes. Pour y mettre fin, on n'avait pas trouvé de meilleur moyen que de réformer la législation. C'est ce qu'avait fait Zaleucus à Locres, Charondas à Thurii, Lycurgue à Sparte, Solon à Athènes. « J'ai écrit, dit Solon, des lois égales pour le misérable et pour l'honnête homme, réglant pour chacun une justice bien droite (2). »

Les députés, partis de Rome en 301, revinrent l'année suivante. Ils furent tous les trois élus dans le premier collège des décemvirs.

III

LES DÉCEMVIRS.

Au retour des délégués, l'organisation du pouvoir suprême subit une modification assez profonde. Les patriciens consentirent à la suppression du consulat, sous la condition que le tribunat de la plèbe serait également supprimé. Les comices centuriates élurent un comité de dix membres patriciens qui furent investis d'un pouvoir analogue à celui des consuls, mais sans appel (*X viri co*(*n*)*s*(*ulari*) *pot*(*estate*) *legibus scribendis*) : ce furent les décemvirs.

Quelle fut la portée de ce changement introduit dans la constitution? Les avis sont partagés. Les uns voient dans le décemvirat une institution permanente, qui, pour des causes diverses, ne réussit pas à se maintenir (3). Les autres estiment que cette magistrature fut créée avec une mission déterminée, celle de donner à la cité un corps de lois, et qu'elle devait régulièrement prendre fin après l'accomplissement de cette mission. Les textes favorisent cette seconde manière de voir (4). Quelle est donc la

(1) Tac., Ann., III, 26. La question sociale existait déjà à cette époque. Les peuples de l'antiquité ont essayé de la résoudre de diverses manières, en procédant à un nouveau partage des terres, ou en faisant remise des dettes. Cf. Leist, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, 580.

(2) Cf. les vers de Solon dans Aristide (Quintil., II, 525) et dans le papyrus de Fayoum. (Hermes, XV, 366.)

(3) Madvig, *L'État romain*, trad. Morel, II, 227; Soltau, *Die Gültigkeit der Plebiscite*, 1884, p. 161.

(4) Liv., III, 39.

raison de douter? On a prétendu que le décemvirat ainsi envisagé n'était plus qu'une simple commission législative, et que dès lors on ne comprenait pas pourquoi on lui aurait attribué le pouvoir suprême et notamment le commandement militaire, ni pourquoi les plébéiens auraient renoncé au tribunat de la plèbe. L'objection n'est pas décisive. Dans un état politique peu developpé, comme l'était celui du peuple romain au début du quatrième siècle, on ne pouvait concevoir le fonctionnement d'une commission, chargée d'élaborer un recueil de lois, en dehors des magistrats investis du pouvoir suprême. Ceux-là seuls ont l'initiative des projets de loi qui ont qualité pour convoquer le peuple dans ses comices, pour prendre les auspices, pour commander l'armée. A cette époque, les pouvoirs civils et militaires ne sont pas encore distincts; on ne les conçoit pas les uns sans les autres. Quant à la suppression du tribunat de la plèbe, ce fut une condition de l'accord intervenu entre patriciens et plébéiens. Si, pour donner satisfaction à la plèbe, les patriciens consentirent à la suppression du consulat, il était juste que la plèbe en fît autant pour le tribunat. C'eût été compromettre le succès de la mission confiée aux décemvirs que de ne pas leur conférer des pouvoirs souverains. Il ne fallait les laisser exposés ni au *veto* des tribuns, ni à l'appel au peuple. De la sorte, on était sûr qu'ils ne seraient pas entravés dans l'accomplissement de leur mandat.

D'ailleurs, la suppression du tribunat n'eut peut-être pas lieu sans compensation pour les plébéiens. Il semble bien qu'ils aient été éligibles au décemvirat, et si dans le premier collège on ne trouve que des patriciens, dans le second, Denys cite les noms de trois plébéiens (1). Le récit de Tite-Live confirme cette manière de concevoir le décemvirat. On était si éloigné d'y voir une institution permanente qu'après l'approbation des Douze Tables par le peuple, on attendait de jour en jour la convocation des comices pour l'élection des consuls (2).

La nouvelle magistrature n'avait pas été, il est vrai, limitée dans sa durée. Mais ce serait bien mal connaître les sociétés antiques que de croire qu'elles prenaient soin de renfermer dans le texte précis d'une constitution solennellement promulguée les

(1) Denys, X, 58. Willems, *Le sénat*, I, 50, soutient qu'il n'y a pas eu de décemvirs plébéiens. Il lui semble impossible que des plébéiens aient laissé passer, sans opposer leur *veto*, des lois qui devaient être des plus désagréables à la plèbe : par exemple celle qui refuse aux plébéiens le *conubium* avec les patriciens. Cette considération ne saurait suffire pour écarter le témoignage de Denys. Nous verrons que la loi, qui prohibe le *conubium* entre plébéiens et patriciens, s'est bornée à consacrer une coutume antérieure.

(2) Liv., III, 37.

pouvoirs qu'elles conféraient à leurs magistrats. On s'en rapportait aux usages; de là naissaient des contestations pour savoir s'ils étaient ou non applicables. Les premiers décemvirs avaient été, comme les consuls, soumis à la réélection après la première année de leurs fonctions. Mais ceux qui furent élus en 304, et qui étaient en partie les mêmes qu'en 303, élevèrent la prétention de garder le pouvoir. Le sénat, tout en les considérant comme des usurpateurs, ne se souciait pas de recourir à la force pour leur ôter le pouvoir. Il préférait attendre que les décemvirs sortissent volontairement de charge, pour rétablir sans bruit les consuls. Il espérait qu'en usant avec douceur de l'autorité consulaire, la plèbe oublierait ses tribuns (1). Le meurtre de Virginie déjoua tous ces projets. Les décemvirs furent contraints d'abdiquer, et d'un commun accord, on rétablit le consulat et le tribunat de la plèbe.

IV

BUT DE LA LOI.

Le but de la loi des Douze Tables ressort des termes de l'accord intervenu entre les tribuns et le sénat. Il s'agissait : 1° de proposer des lois applicables aux plébéiens aussi bien qu'aux patriciens, d'établir entre eux l'égalité de droit; 2° en même temps, d'assurer la protection de la loi aux plus humbles citoyens; 3° de poser des limites au pouvoir arbitraire des magistrats (2). Il suffit de parcourir les dispositions qui nous ont été conservées pour reconnaître qu'elles tendent, pour la plupart, à donner satisfaction aux griefs des plébéiens. On peut, en effet, les ranger sous les trois chefs qui viennent d'être indiqués (3) :

(1) Liv., III, 41.

(2) Liv., III, 31 : Communiter legum latores et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quæque æquandæ libertatis essent, sinerent creari. — 34 : Se... omnibus, summis infimisque jura æquasse. — 9 : Is... maxime in consulare imperium, tanquam nimium nec tolerabile liberæ civitati, invehebatur.

(3) Il serait intéressant de savoir dans quel ordre ces dispositions avaient été rangées par les décemvirs. Malheureusement nous n'avons que bien peu de données pour le déterminer : trois ou quatre textes y font une allusion plus ou moins directe. (Cic., de leg., II, 4, 9; Festus, v° *Reus;* Ulp., 46 ad Ed., D., XXXVIII, 6, 1 pr.; Denys, II, 27.) Une hypothèse, émise par J. Godefroy, a servi de point de départ à la restitution proposée par Dirksen, et reproduite depuis par tous les éditeurs. L'ordre des matières, a dit Godefroy, doit être celui-là même que Gaius a suivi dans son commentaire des Douze Tables. Pour retrouver l'objet des diverses tables de la loi, il suffit de rechercher, dans les fragments qui nous restent de ce commentaire, l'objet de chacun des six livres de Gaius, chaque livre devant correspondre à deux

1° Dispositions ayant pour objet de consacrer l'égalité entre patriciens et plébéiens.

a) La déclaration solennelle, jointe au *nexum* et au *mancipium*, suffit pour créer un droit : on n'exige pas la qualité de membre des curies.

b) Il en est de même des legs, sous certaines conditions.

c) Le droit de recueillir *ab* intestat les biens patrimoniaux, le droit à la tutelle et à la curatelle sont désormais indépendants de la qualité de membre d'une *gens*. Ces droits sont attribués aux agnats, par préférence aux *gentiles*.

d) Une série de dispositions protègent la propriété foncière, sans distinguer si le propriétaire est ou non membre des curies.

e) Tous privilèges sont abolis.

2° Dispositions tendant à protéger les citoyens qui, à des titres divers, sont sous la dépendance d'autrui : les fils de famille, les femmes mariées, les clients, les *sanates*, les débiteurs, même les citoyens qui sont sous le coup d'une citation en justice.

3° Dispositions tendant à restreindre le pouvoir arbitraire des magistrats.

a) Faculté pour un prolétaire d'offrir pour *vindex* un autre prolétaire ; nécessité pour l'*adsiduus* de fournir un *vindex* qui soit également *adsiduus*.

b) Droit de légitime défense, en cas de vol nocturne ou de vol en plein jour à main armée.

c) La peine pécuniaire, édictée pour le vol non manifeste et pour quelques autres délits, est fixée à forfait au double de la valeur de la chose.

d) La loi fixe également d'une manière invariable la peine

tables. On est ainsi parvenu à classer les fragments des Douze Tables dans l'ordre suivant : 1 et 2, Procédure civile ; 3, Procédure contre le débiteur insolvable ; 4, Puissance paternelle ; 5 et 6, Tutelle, hérédité, propriété ; 7 et 8, Obligations ; 9 et 10, Droit public et droit sacré ; 11 et 12, Tables supplémentaires dont le contenu est indiqué par divers textes (Liv., III, 56 ; Cic., De Rep., II, 37 ; Denys, X, 60 ; Macr., Sat., I, 13, 21). Voigt (I, 51), dans sa restitution des Douze Tables, a conservé le point de départ de Godefroy et de Dirksen, mais il a modifié en bien des cas la distribution des dispositions de la loi, en tenant compte de l'ordre suivi soit dans les commentaires sur Sabinus, soit dans l'édit du préteur. D'après lui, cet ordre concorde pour partie avec celui des Douze Tables. Nous ne croyons pas que l'on puisse s'attacher à aucune de ces restitutions. Deux observations suffiront pour montrer ce qu'elles renferment d'arbitraire : 1° On suppose que chaque table formait un tout complet. Mais cette hypothèse est contraire à ce que nous savons sur les habitudes des Romains. Même au premier siècle de l'empire, les graveurs ne se préoccupaient nullement, en commençant un chapitre, de savoir s'ils auraient assez de place pour l'insérer en entier dans une même table ; ils ne se faisaient aucun scrupule de reporter sur une autre table ce qui n'avait pu entrer dans la précédente : les tables de Salpensa et de Malaga en offrent plusieurs exemples. 2° Il ne faudrait pas croire non plus que les dispositions étaient réparties suivant un ordre logique : il suffit de lire la loi de Gortyne pour s'assurer que c'était le moindre souci des législateurs antiques.

encourue en cas de sortilège, incendie, vol manifeste, parjure, homicide, corruption d'un juge ou d'un arbitre.

e) Liberté est laissée aux citoyens de former entre eux des associations et d'en fixer les statuts, pourvu qu'on n'y trouve rien de contraire aux lois de l'État.

f) Le montant de la somme à déposer, dans la procédure par serment, est fixé uniformément à 500 as ou à 50 as, suivant l'importance du litige, et quelle que soit la qualité des plaideurs.

g) La loi limite à deux ans ou à un an, suivant les cas, la durée de l'usucapion.

h) Elle prend des mesures pour sauvegarder les droits du demandeur et du défendeur en justice.

Étant donné le but de la loi des Douze Tables, on peut déterminer les limites dans lesquelles les décemvirs ont dû se renfermer. Ils ont eu à s'occuper, non pas de l'ensemble des rapports compris plus tard dans le droit public et privé, mais seulement de ceux qu'il était utile de régler pour maintenir le bon ordre dans la cité. Les autres sont demeurés soumis aux coutumes et aux lois royales. Les rapports des époux entre eux, par exemple, sont restés, longtemps encore, en dehors du domaine du droit.

Les décemvirs se sont également abstenus de reviser les règles du droit sacré. Dépourvus de tout caractère sacerdotal, ils n'avaient pas qualité à cet effet. Ils ont reproduit sans changement quelques dispositions du droit sacré dont l'observation leur a paru présenter un intérêt social ; ils leur ont simplement donné une force nouvelle, en confiant aux magistrats de la cité le soin d'en assurer l'exécution. C'est ainsi qu'ils ont été amenés à insérer dans les Douze Tables la prohibition du *conubium* entre plébéiens et patriciens. On s'est étonné qu'une semblable règle ait été inscrite dans une loi qui avait pour but de pacifier les esprits, de supprimer les causes de discorde qui existaient dans la cité. Mais on oublie que le mariage était, à cette époque, un acte exclusivement régi par la religion. Si l'on admettait difficilement le mariage entre patriciens appartenant à des *gentes* différentes, à plus forte raison devait-on regarder comme impossible le mariage entre patriciens et plébéiens. Arrêtés par des scrupules fondés sur des motifs religieux, les décemvirs se contentèrent de consacrer la coutume et ne songèrent pas à faire du mariage un acte civil (1).

(1) On a cependant émis l'opinion que les décemvirs ont empiété sur les attributions du collège des pontifes et réformé certaines règles du droit sacré, et l'on a cité à l'appui la dixième table, relative aux funérailles et aux sépultures, et la loi sur l'intercalation. Mais la dixième table est plutôt une loi somptuaire : on trouve des dispo-

V

EMPRUNTS FAITS AUX LOIS GRECQUES.

D'après une opinion autrefois très répandue, les décemvirs auraient emprunté aux Athéniens les dispositions contenues dans les Douze Tables : ils se seraient bornés à reproduire les lois de Solon. Cette opinion s'appuyait sur plusieurs textes qui sont à cet égard très explicites. A une époque où les règles de la critique historique étaient peu en honneur, on acceptait de confiance ces témoignages sans en discuter la valeur. En les examinant de près, on n'a pas de peine à se convaincre que la majeure partie émane d'écrivains d'une époque assez basse, Eusèbe, Aurélius Victor, Servius, saint Augustin, et ne repose pas sur des documents authentiques. Leur opinion est contredite par Cicéron. L'étude du droit des Douze Tables, dit-il, permet d'apprécier combien nos ancêtres l'ont emporté en sagesse et en prévoyance sur les autres nations. Comparées aux nôtres, les lois de Lycurgue, de Dracon, de Solon sont informes et presque ridicules (1). Admettons, si l'on veut, que le patriotisme de l'orateur le porte à quelque exagération, il n'en est pas moins certain qu'il ne se serait pas exprimé comme il l'a fait, s'il eût été avéré que les lois romaines n'étaient que la copie des lois grecques.

Plusieurs faits confirment l'assertion de Cicéron. D'abord, il y a quelques institutions qui, à notre connaissance, remontent à une époque antérieure aux Douze Tables : telle est la curatelle des prodigues. Puis, le style des Douze Tables présente un contraste frappant avec celui des lois grecques. C'est comme un recueil de maximes populaires conçues dans une forme brève, rapide, la plus

sitions analogues dans les lois de Solon (Cic., De leg., II, 25), et dans une loi de l'île de Céos (*Nouv. Rev. histor.*, 1878, p. 365). Quant à l'intercalation, le seul texte qui en parle est un passage de Macrobe (Sat., I, 13). Il se borne à rapporter, d'après Tuditanus et Cassius, que les décemvirs soumirent au peuple un projet sur l'intercalation; mais on ignore quel en était l'objet. Voigt (I, 135) a prétendu que cette table attribuait aux pontifes toute latitude pour réformer le calendrier : c'est une pure conjecture. Mommsen (*Röm. Chron.*, 31) va plus loin : il pense que la dixième table contenait le calendrier tout entier. Cicéron parle bien, dans une de ses lettres à Atticus (VI, 1), d'une table des fastes, mais rien ne prouve que ce soit précisément une des Douze Tables. Il est d'autant plus difficile de le croire que, d'après Cicéron, elle serait restée ignorée du public jusqu'à sa publication par Cn. Flavius, vers 450. Nous savons au contraire que les Douze Tables furent livrées à la publicité, et rien n'autorise à penser que l'une quelconque d'entre elles ait été soustraite à la connaissance des citoyens. Cf. Kuntze, II, 152.

(1) Cic., De orat., I, 44.

propre à se graver aisément dans la mémoire. Aucun de ces détails minutieux, de ces distinctions qu'on remarque dans les lois grecques. Qu'on lise la loi de Gortyne, par exemple, et l'on verra la différence de rédaction (1). D'un côté, une loi écrite, rédigée avec complaisance; de l'autre, quelques courtes règles qui devaient se transmettre de génération en génération par la tradition orale.

Comment, d'ailleurs, admettre qu'on ait pu imposer aux Romains des règles étrangères à leurs coutumes? C'est bien mal connaître la nature des lois que de croire qu'on puisse les transporter d'un peuple à un autre. De telles lois seraient bientôt abandonnées : il en fut ainsi des dispositions des Douze Tables sur les funérailles.

Si les Douze Tables, considérées dans leur ensemble, sont d'origine romaine, ce n'est pas à dire que les décemvirs n'aient, à certains égards, subi l'influence de la Grèce (2). Dans les délibérations où fut préparé le projet de loi, ils mirent à profit les connaissances qu'ils avaient acquises dans leur voyage. Essayons de déterminer sur quels points ils durent les utiliser. L'influence grecque a été, croyons-nous, prépondérante quant aux moyens employés pour rétablir la paix entre patriciens et plébéiens, et quant au système pénal consacré par les décemvirs. Nous savons, en effet, qu'ils furent aidés dans leur tâche par l'Éphésien Hermodore; puis, nous pouvons indiquer quelques-unes des dispositions qu'ils ont empruntées aux lois de Solon.

Le rôle d'Hermodore a dû être assez important dans la confection des Douze Tables. Sa collaboration fut si appréciée des Romains qu'ils lui élevèrent une statue sur le *Comitium*. C'est un témoignage de reconnaissance qui ne fut accordé à aucun des décemvirs. Hermodore était l'ami d'Héraclite. Comme lui membre de l'aristocratie, il fut expulsé d'Éphèse lors d'un soulèvement de la démocratie, qui eut lieu vraisemblablement en 276, lorsque Ephèse fut délivrée de la domination des Perses (3). S'il faut en croire Pomponius, c'est en Italie que les décemvirs eurent l'occasion de le rencontrer (4). Les députés de Rome avaient reçu

(1) Le texte de cette loi a été publié en France par DARESTE, *Nouv. Rev. histor.*, 1886.

(2) HOFFMANN, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römichen Rechts*, 1870; VOIGT, I, 10; PADELETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano;* 104. KARLOWA, *Röm. R. G.*, I, 112.

(3) STRABON, XIV, 1, 25; CIC., Tusc., V, 36.

(4) POMPONIUS (Enchir., D., I, 2, 2, 4) prend ici sans doute le mot Italie dans le sens étroit qu'il a reçu jusqu'au quatrième siècle avant notre ère; il désignait exclusivement la partie de l'Italie moderne qu'on appelle Calabre et qui, au temps d'Hermodore, avait été colonisée par les Doriens; elle comprenait les cités de Tarente,

la mission d'aller dans les villes grecques situées en Italie et à Athènes. Or, Héraclite était connu et fort estimé soit à Athènes (1), soit dans la Grande-Grèce. Rien d'étonnant que son ami Hermodore ait participé à sa notoriété, et que les députés de Rome aient été mis en relation avec lui. Ses opinions durent plaire à des patriciens. Tout en méprisant la démocratie, il exhortait les hommes à la concorde qui, seule, soutient les États (2). Ce sentiment était celui des députés; ils durent aisément se trouver en communauté d'idées avec lui. Hermodore leur apprit à connaître les lois des cités de la Grande-Grèce, ainsi que celles des Athéniens. Les renseignements que nous possédons sur ces lois sont trop incomplets, pour qu'on puisse dire dans quelle mesure les décemvirs s'en sont inspirés. Cependant, on peut, croyons-nous, affirmer qu'ils ont procédé d'une façon éclectique (3). Parmi les dispositions des Douze Tables, nous pouvons en citer qui furent empruntées aux lois de Solon ; d'autres reflètent les idées d'Héraclite ; d'autres, enfin, rappellent les traits essentiels du caractère dorien, que l'on retrouve également, soit dans les lois de Zaleucus et de Charondas, soit dans la doctrine de Pythagore.

Aux lois de Solon, on a emprunté les règles tendant à restreindre les frais des funérailles (4) ; la règle sur la liberté d'association (5) ; la disposition qui fixe la distance et les ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions ou plantations (6).

Les dispositions relatives aux sépultures paraissent inspirées par les idées d'Héraclite (7). La défense d'inhumer ou de brûler un cadavre en ville, ou de recueillir les os d'un mort pour les enterrer, est une conséquence de la doctrine physique d'Héraclite sur la nature de l'homme. Pour Héraclite un cadavre n'est qu'un tas de pourriture qu'on doit jeter dehors comme du fumier (8). Cicéron attribue, il est vrai, cette interdiction à la crainte des

de Brindisi, d'Héraclée. (V. cep. STRABON, VI, p. 254, d'après lequel ce serait le Bruttium). Cette conjecture est confirmée par le récit de DENYS, X, 51, 52, 54, 56.

(1) DIOG. LAER., IX, 15. Le poète Epicharme, qui passa à Syracuse une partie de sa vie et mourut peu de temps après 287, fait allusion dans ses comédies à la doctrine d'Héraclite.

(2) Telle était la doctrine d'Héraclite. Cf. ZELLER, *Histoire de la philosophie grecque*, trad. BOUTROUX, II, 183, 190, 192; I, 472.

(3) TAC., Ann., III, 27.

(4) CIC., De leg., II, 25. Cf. sur la loi de l'île de Céos du sixième siècle avant notre ère, DARESTE, *Nouv. Rev. histor.*, 1878, p. 365.

(5) GAIUS, 4 ad XII Tab., D., XLVII, 22, 4.

(6) GAIUS, eod., D., X, 1, 13.

(7) CIC., De leg., II, 23. Cf. CHIAPELLI, *Archiv. giuridico*, 1885, t. XXXV, p. 111.

(8) STRAB., XVI, 26; BYWATER, Heracl. reliq., fr. 95; (MULLACH, frg. philos. graec., fr. 53).

incendies, mais c'est une raison imaginée après coup, à une époque où l'on ne voulait plus admettre la raison primitive, et où l'on conserva la prohibition pour une cause différente. Dans la Rome antique, les maisons étaient isolées les unes des autres; les chances d'incendie étaient bien moins à redouter que par la suite. De toutes les dispositions des Douze Tables sur les funérailles et les sépultures, c'est la seule qui ait été maintenue. Les autres étaient trop contraires aux usages des Romains pour être conservées ; on les laissa tomber en désuétude.

A côté de ces quelques dispositions inspirées par la législation de Solon ou par Hermodore, il en est d'autres qui furent empruntées aux lois de Zaleucus et de Charondas. Il y a un fait qui met hors de doute l'influence exercée par ces législations sur l'ancien droit romain. Ce sont les relations supposées par les auteurs anciens entre Zaleucus ou Charondas et Pythagore. Zaleucus et Charondas apprirent le droit, dit Sénèque (1), non sur le Forum ni dans la demeure des jurisconsultes, mais dans la retraite auguste et silencieuse de Pythagore. C'est par l'influence de Pythagore que furent rétablis à Crotone et dans la Grande-Grèce l'ordre, la liberté, les coutumes et les lois (2). Comment cette légende, qui fait de ces législateurs les disciples de Pythagore, a-t-elle pu s'accréditer? Zaleucus vivait un siècle avant Pythagore, et il en est sans doute de même de Charondas (3). C'est que la doctrine de Pythagore contient des préceptes qui existaient déjà dans les législations de Zaleucus et de Charondas, et où l'on reconnaît le caractère sévère et religieux de la race dorienne (4). Une autre légende, dont Cicéron montre l'inanité, faisait de Numa le disciple de Pythagore. Chronologiquement c'était impossible, car Pythagore vint en Italie sous le règne de Servius Tullius, d'après Tite-Live, ou de Tarquin le Superbe, d'après Cicéron (5). Mais aux derniers siècles de la

(1) Sen., Ep. 90.
(2) Cic., Tusc., V, 4.
(3) Zeller, I, 314, n. 1. Cf. Hermann, *Griech. Alt.*, I, 89.
(4) Ephore dans Strabon, VI, 260. Cf. Polybe, XII, 5, 8, 9; Pausan., III, 3, 1. Zeller (I, 459), dans ses recherches sur les origines grecques du pythagorisme : « Le germe des qualités propres au pythagorisme se trouve dans les rapports qui l'unissent au caractère et aux institutions doriennes... Le culte de l'Apollon dorien, la politique aristocratique, les syssities (repas en commun), la gymnastique, la musique éthique, les sentences morales énigmatiques des pythagoriciens, la participation des femmes à l'éducation et à la société des hommes, la morale sévère et tout empreinte de mesure qui ne connaît rien de plus noble que la subordination de l'individu au tout, l'observation des mœurs traditionnelles et des lois, le respect des parents, de l'autorité et de la vieillesse : tout cela montre clairement la part considérable qu'a eue l'esprit dorien dans la formation et le développement du pythagorisme. » Cf. Leist, *Græco-italische R. G.*, 589
(5) Liv., I, 18; Cic., De Rep., II, 15; Tusc., I, 16; IV, 1; Gell., XVII, 21.

République, on avait coutume de faire remonter à Numa un certain nombre d'institutions juridiques, et on les regardait comme procédant des doctrines de Pythagore. D'après Cicéron (1), il est hors de doute que l'on rencontre des traces nombreuses du pythagorisme dans les institutions romaines. Ce que nous savons sur les mœurs des Romains des premiers siècles concorde entièrement avec la morale pythagoricienne : respect des dieux et des parents, observation sincère des lois de la patrie, lesquelles ne doivent pas être changées à la légère contre les lois des autres pays ; fidélité envers les amis ; justice et douceur envers tous les hommes ; défense de violer un serment, de nuire aux plantes et aux animaux utiles (2). Les Romains comprenaient si bien ce qu'ils devaient à Pythagore qu'ils lui élevèrent une statue à côté de celle d'Hermodore, à l'extrémité du *Comitium* (3).

Pour prouver l'influence du pythagorisme sur les institutions romaines, Cicéron donne quelques exemples dont l'un nous ramène aux Douze Tables. Les pythagoriciens, dit-il, avaient l'habitude d'exprimer quelques-unes de leurs règles d'une manière cachée au moyen de *carmina*, c'est-à-dire de formules solennelles dont le sens échappait à qui n'était pas initié, puis de reposer leur esprit, fatigué par la méditation, au moyen du chant et de la musique. L'usage de ces *carmina* se répandit à Rome, et les décemvirs édictèrent une peine contre ceux qui composaient *malum carmen*, c'est-à-dire une formule magique de nature à porter préjudice à autrui (4).

A l'exemple rapporté par Cicéron, nous pouvons en joindre deux autres. Les décemvirs fixèrent à dix mois la durée maximum de la grossesse, le minimum étant sept mois ou cent quatre-vingt-deux jours : telle était aussi l'opinion de Pythagore (5). La peine du talion, admise par les décemvirs en cas de fracture d'un membre, l'était aussi par les lois de Zaleucus (6) : elle est conforme à la doctrine de Pythagore. D'après les pythagoriciens, la justice consistait en une proportion directe entre l'offensé, l'offenseur et le juge. C'était la justice commutative substituée à la justice distributive (7).

(1) Tusc., IV, 1.
(2) Cf. Zeller, 1, 439.
(3) Pline, H. n., XXXIV, 6.
(4) Cf. sur les miracles attribués à Pythagore, Zeller, I, 307, 311.
(5) Gell., III, 16; Censor., De die nat., IX, 3; XI, 2; Paul., IV, 9, 5. Voy. cep. Accarias, I, 227.
(6) Demosth., Timocr., 744.
(7) Les pythagoriciens appelaient la justice ἀντιπεπονθὸς. Arist., Eth. Nic., V, 8. Cf. Zeller, I, 376.

Faut-il conclure de la coïncidence que nous venons de constater entre la loi des Douze Tables et celle de Zaleucus, au point de vue du talion, que les décemvirs s'inspirèrent du système des pénalités établi par les lois grecques? La conclusion serait téméraire, car le talion se retrouve chez bien d'autres peuples, et il peut avoir été usité à Rome sans avoir été directement emprunté aux lois de la Grande-Grèce. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que le système des pénalités, qui avait reçu de grands développements dans les lois de la Grande-Grèce, a dû attirer l'attention des députés de Rome, et que selon toute vraisemblance ils en ont tiré parti. On en a la preuve sur un point d'une importance capitale : suivant l'exemple donné par Zaleucus(1), les décemvirs n'ont pas voulu abandonner la fixation de la peine à l'arbitraire du juge. Dans tous les cas la peine est déterminée par la loi. Du reste, même en ces matières, les décemvirs n'ont pas reproduit servilement les dispositions des lois grecques. Ils n'ont pas hésité, le cas échéant, à s'en écarter, par exemple en faisant une distinction entre l'homme libre et l'esclave, quant à la rançon à payer pour fracture d'un os (2).

Les faits que nous venons de rapporter, joints au témoignage des auteurs anciens, ne permettent pas de douter que les décemvirs se soient inspirés dans une mesure assez large des lois d'origine grecque. Ils ont dû aussi emprunter aux Grecs l'idée de confier, en cas de discorde civile, à des magistrats supérieurs investis du pouvoir législatif, le soin de rétablir la paix entre les partis. Seulement, au lieu d'en nommer un seul, comme l'avaient fait les Grecs, ils en nommèrent dix (3).

Ce changement est plus important qu'il ne le semble au premier abord. Il implique une conception différente de la loi. En confiant à un seul homme le soin de la rédiger, on la considère comme émanant d'un être supérieur inspiré par les dieux. Au contraire, le fait de choisir dix citoyens donne à la loi le caractère d'une œuvre humaine ; c'est le résultat des délibérations d'un conseil où les opinions contraires ont été examinées et discutées, avant de se fondre dans le sentiment de la majorité. Le caractère humain des Douze Tables se manifeste dans tous les détails de sa rédaction : dans l'envoi d'une députation, qui révèle la volonté de profiter de l'expérience des autres cités ; dans l'élection de nouveaux décemvirs, chargés de corriger et de compléter l'œuvre de leurs prédé-

(1) Strab., VI, p. 260.
(2) Gaius, III, 223. L'auteur de la Grande Morale, probablement Aristote (I, 34, 1194, 135), combat sur ce point le pythagorisme, qui n'admet pas cette distinction.
(3) Cf. Caillemer, v° *Aisymnètes, Dict. des Antiq.*, I, 172.

cesseurs; enfin et surtout dans la disposition qui affirme la souveraineté du peuple pour faire la loi (1). Ce qui n'est pas moins remarquable, c'est l'absence complète de préceptes de religion ou de morale comme dans les lois de Zaleucus et de Charondas (2).

VI

CARACTÈRE DE LA LOI DES DOUZE TABLES.

La loi des Douze Tables se distingue des lois antérieures par un caractère qu'on a souvent méconnu (3). L'idée qui s'affirme dans l'œuvre des décemvirs, c'est celle d'un droit applicable à tous les membres de la cité sans distinction de classe, et qui doit être immuable comme la constitution même de la cité. C'est une conception nouvelle du droit qui se fait jour à Rome.

Les Romains, suivant en cela l'exemple des Grecs, avaient senti la nécessité d'approprier les lois à l'état politique et social (4). Jusqu'alors les lois avaient été faites pour les patriciens, quelques-unes pour les plébéiens : désormais il existe un droit de la cité, un droit qui protège tous les citoyens.

Ce droit, résultat de l'accord intervenu entre patriciens et plébéiens, ne saurait en principe être modifié ; on ne peut y toucher sans ébranler l'un des fondements les plus solides de l'ordre social. Sans doute plusieurs dispositions sont tombées en désuétude, quelques règles restrictives ont été supprimées, mais on a toujours respecté, au moins en théorie, les droits fondés sur les Douze Tables. Il ne faut pas dès lors s'étonner que cette loi soit restée pendant tant de siècles la source de tout droit public et privé. La pensée qui l'avait inspirée, celle de l'égalité de droit de tous les citoyens, n'avait pas cessé d'être vraie ; on en a seulement élargi la formule. Elle excluait les étrangers et les esclaves : le progrès des idées fit tomber peu à peu les barrières qui séparaient les étrangers des citoyens. Le droit moderne a fait un pas de plus : en abolissant l'esclavage, il a fait disparaître la dernière exception au principe de l'égalité de droit de tous les hommes.

(1) Liv., VII, 17.
(2) Stob., Serm., XLIV, 204; XLV, 25; XLIV, 40; Cic., De leg., II, 7.
(3) Voy. en sens divers, Voigt, I, 44; S. Maine, *L'ancien droit*, 13; Puntschart, *Civilrecht der Römer*, 52; Sanio, *Varroniana*, 19; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 113; Carle, *Le origini del diritto romano*, 399; Bruns et Pernice, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* von Holtzendorff, 5e éd., 1889, p. 117; Kuntze, I, 63.
(4) Aristote, Polit., IV, 1; III, 11; Sext. Cæcilius, ap. Gell., XX, 1.

Ce n'est pas ainsi que l'on caractérise d'ordinaire la loi décemvirale. Depuis les Douze Tables, a-t-on dit, la nature de la loi n'est plus la même qu'auparavant ; les décemvirs tiennent leur pouvoir du peuple, ils ne parlent plus au nom des dieux. La loi n'est plus un précepte divin : c'est une œuvre humaine. Mais on oublie qu'avant les Douze Tables, il y eut des lois votées par le peuple ; il y en a eu même au temps des rois. Ces lois sont une œuvre humaine, comme la loi décemvirale ; elles n'en diffèrent que par leur objet. Les premiers habitants de Rome appartenaient à une phase de la civilisation où la loi n'était plus exclusivement considérée comme un arrêt de la volonté des dieux.

Sans doute, il reste des traces de la conception primitive ; le droit n'est pas entièrement soustrait à l'influence de la religion : le peuple devait être assemblé dans un lieu inauguré, et l'on devait prendre les auspices pour savoir si les dieux étaient favorables (1). La loi curiate ou centuriate n'en était pas moins l'expression de la volonté du peuple. La confusion du droit et de la religion est plus marquée encore dans les lois royales : l'interprétation de la loi était confiée au roi, qui était à la fois le magistrat et le grand prêtre de la cité. Cette confusion n'a pas cessé avec les décemvirs : plus d'un siècle après les Douze Tables, l'interprétation de la loi est restée aux mains des pontifes.

C'est également une opinion très répandue que la loi des Douze Tables est, avant tout, une codification du droit coutumier. On en a fait le point de départ d'une époque de l'histoire de la jurisprudence : c'est le moment où l'ère des codes succède au droit coutumier. Cette manière de voir ne nous paraît pas tout à fait exacte. La rédaction d'un code implique, chez ceux qui le font, la faculté de distribuer systématiquement l'ensemble des matières, une puissance de conception qu'on ne remarque même pas à une époque postérieure aux Douze Tables. Nulle part on ne trouve la définition d'un rapport de droit. On ne s'occupe de ces rapports qu'incidemment pour les régler à tel ou tel point de vue particulier.

D'un autre côté, on suppose que le droit antérieur aux Douze Tables était exclusivement coutumier et confié au souvenir d'une oligarchie privilégiée. Ce serait la découverte et la diffusion de l'art d'écrire qui auraient suggéré l'idée de codifier les coutumes. Pendant longtemps on a cru que les premiers Romains ne savaient pas écrire ; ils ne l'auraient guère appris que vers le temps des décemvirs. On était tellement imbu de cette idée qu'on ne voulait

(1) Cf. sur le pouvoir des augures, Cic., De leg., II, 13.

tenir aucun compte des récits des historiens affirmant le contraire : en vain Denys d'Halicarnasse déclarait-il avoir lu les traités conclus par Tullus Hostilius avec les Sabins, et par Tarquin avec les habitants de Gabies (1). Aujourd'hui le doute n'est plus permis, depuis qu'on a retrouvé des preuves matérielles de l'usage de l'écriture à Rome, au temps des rois. Les fouilles entreprises depuis 1870 ont mis à jour des fragments importants des murs de la ville à l'époque royale. Sur les blocs de pierre encore debout, on a pu déchiffrer des lettres gravées appartenant à l'ancien alphabet latin (2). Si les entrepreneurs de travaux publics, et peut-être même les ouvriers, connaissaient l'écriture au temps des rois, il n'y a rien d'étonnant qu'il soit resté des monuments écrits de cette époque. Aussi est-on moins disposé à récuser le témoignage de Suétone, qui affirme que parmi les trois mille tables détruites dans l'incendie du Capitole, sous Vitellius, il y en avait qui contenaient des lois remontant presque à la fondation de la ville (3).

Quel est donc le véritable caractère des Douze Tables? Un fragment de Pomponius va nous permettre de le déterminer. « Les décemvirs, dit ce jurisconsulte, furent chargés de *civitatem fundare legibus* (4). » Cela ne signifie pas qu'ils eurent à donner des lois à une cité qui jusqu'alors en avait été privée : Pomponius vient de mentionner les lois royales. Sa pensée est bien différente : à ses yeux, une cité n'est réellement fondée que si elle est pourvue de lois qui assurent le fonctionnement régulier du corps social (5). Telle n'était pas la situation de Rome avant les Douze Tables. Ses lois ne visaient pour la plupart que les patriciens; elles ne formaient pas un ensemble de nature à répondre aux besoins de tous les citoyens. Les lacunes de la législation étaient une cause de faiblesse, un germe de dissolution pour la cité. A chaque instant, on pouvait craindre de voir les éléments divers qui la composaient se désagréger : les sécessions de la plèbe prouvent que cette crainte n'était pas chimérique.

Les Douze Tables ont été rédigées en vue de poser les bases du droit de la cité. Depuis leur promulgation, il y a eu un droit commun à tous les citoyens, tandis qu'auparavant on ne connaissait que la coutume et le droit des Quirites. L'expression « droit civil » n'a pas cependant été aussitôt substituée à celle de droit des Quirites : on l'a réservée pour désigner le droit résul-

(1) Hor., Épît., II, 1, 24.
(2) Bruzza, *Ann. del Inst. di corresp. arch. di Roma,* 1876, p. 106. Boissier, *Promenades archéologiques,* 60; Mommsen, *Römische Geschichte,* I, 216.
(3) Suet., Vespas., 8.
(4) Enchir., D., I, 2, 2, 4.
(5) Cf. Cic., De leg., II, 5; De div., I, 38.

tant de l'interprétation des pontifes (1). Mais déjà, au temps de Cicéron, on comprend sous le nom de droit civil, aussi bien le droit consacré par les Douze Tables que celui qui était contenu dans les livres des pontifes. A l'époque classique, le droit civil désigne d'une manière générale le droit que le peuple s'est lui-même constitué (2).

Nous pouvons maintenant définir le caractère des Douze Tables : c'est moins une loi, au sens moderne du mot, qu'un acte constitutionnel destiné à fixer d'une manière uniforme les droits des citoyens.

Le caractère constitutionnel de la loi décemvirale ressort de la qualification que lui donne Tite-Live : « C'est, dit-il, la source de tout droit public et privé (3). » Cette assertion prouve qu'au siècle d'Auguste les droits consacrés par les Douze Tables n'avaient rien perdu de leur valeur, et il en fut ainsi jusqu'au temps où Justinien procéda à une refonte générale de la législation.

Le caractère constitutionnel des Douze Tables se manifeste également par les conséquences qu'on en a déduites, et qui toutes confirment l'assertion de Tite-Live.

I. Les droits acquis à un citoyen, conformément aux Douze Tables, ne peuvent lui être enlevés par la volonté d'aucun magistrat. On a seulement admis que ces droits pourraient être paralysés dans leur exercice, pour des motifs d'équité ou d'utilité pratique. Telle est la raison d'être et l'effet des exceptions prétoriennes. Si, par exemple, un propriétaire quiritaire vend une *res mancipi* et en fait simplement tradition à l'acheteur, il n'en conserve pas moins la propriété. Mais comme il serait inique qu'il pût continuer à en jouir au détriment de l'acheteur, le préteur promet à celui-ci une exception (*rei venditæ et traditæ*) pour repousser la revendication du propriétaire. Le vendeur conserve le droit des Quirites (*nudum jus Quiritium*), l'acheteur a la chose *in bonis* jusqu'à ce que, le délai de l'usucapion étant écoulé, il puisse, à son tour, invoquer les Douze Tables et se dire propriétaire quiritaire.

II. Les Romains n'ont jamais osé supprimer par une loi un droit fondé sur les Douze Tables : c'eût été violer le pacte conclu entre les membres des deux groupes. Le délai de l'usucapion, fixé par les décemvirs, est resté le même jusqu'à Justinien, bien que les raisons qui les avaient déterminés à en limiter la

(1) Pomp., loc. cit., 2, 5 et 6.
(2) Cic., De orat., I, 38; Gaius, I, 1.
(3) Liv., III, 34 : *Fons omnis publici privatique est juris.* Tite-Live ne dit pas *totius,* mais *omnis.* Ce n'est pas la source de « tout le droit », mais de « tout droit ».

durée eussent, depuis des siècles, cessé d'être vraies. Mais ici, comme dans le cas précédent, on a admis qu'on pourrait paralyser l'exercice d'un droit pour des raisons d'ordre public. Lorsque Auguste, pour favoriser le développement de la population, fit voter ses fameuses lois caducaires, il se garda bien d'enlever aux citoyens qui ne se conformaient pas à la loi la capacité d'être institués héritiers : il leur retira seulement, à titre de peine, tout ou partie de l'émolument de l'hérédité.

Ce respect des droits fondés sur les Douze Tables nous paraît être la cause la plus vraisemblable d'une particularité que présentent les lois prohibitives : l'acte fait au mépris de la loi n'est pas frappé de nullité. Ce n'est pas à dire que la prohibition demeure lettre morte : on lui donne effet par des moyens détournés qui, dans la plupart des cas, suffisent à assurer une sanction à la loi. Mais ce que la loi n'a pas osé faire, la coutume l'a fait : il y a des droits que l'usage a retirés à certaines personnes, par exemple la faculté de faire une donation entre époux. La coutume, plus forte que la loi, les a frappés de nullité (1).

III. Les lois postérieures aux Douze Tables n'ont fait, pour la plupart, que développer les principes posés par les décemvirs. C'est pour cela que Cicéron a pu dire que les Douze Tables étaient la source et le fondement de toutes les lois, et que Tite-Live présente la loi comme la source de tout droit public et privé (2).

Parmi les autres lois, il en est qui ont supprimé des restrictions admises par les décemvirs : telle est la loi Canuleia qui, dès l'an 309, a levé la prohibition du mariage entre plébéiens et patriciens. D'autres ont consacré la suppression de droits fondés sur les Douze Tables, mais tombés en désuétude : telle est la loi Claudia, qui a supprimé la tutelle agnatique des femmes (3). D'autres enfin ont comblé les lacunes des Douze Tables : on remarquera que, pour autoriser la nomination d'un tuteur datif au cas où les tuteurs légitimes font défaut, la loi Atilia exige l'accord du préteur urbain et de la majorité des tribuns de la plèbe (4) : il y a ici comme un nouveau traité conclu entre les deux ordres sur un point particulier.

Le législateur a été moins réservé pour les droits fondés

(1) Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 1.

(2) Cic., De or., I, 44; Liv., loc. cit. Ulpien, 18 ad Ed., D., IX, 2, 1 pr., dit que la loi Aquilia a dérogé à toutes les lois antérieures, même aux Douze Tables : c'est une exagération. La loi Aquilia s'est bornée à réglementer à nouveau certains cas de *noxia nocita ;* pour les autres, les Douze Tables ont conservé toute leur application. Marcellus, 8 Dig., D., XLVII, 6, 5 pr. Cf. Voigt, II, 528.

(3) Gaius, I, 157.

(4) Gaius, I, 185.

non plus sur la loi, mais sur les dispositions prises par les interprètes en exécution de la loi. La loi Æbutia et les lois judiciaires d'Auguste ont presque entièrement supprimé les actions de la loi composées par les pontifes. Les lois Voconia et Falcidia ont modifié l'interprétation de la règle des Douze Tables sur la faculté de léguer. A plus forte raison n'a-t-on pas hésité à modifier les droits d'action consacrés par des lois postérieures aux Douze Tables : les lois Furia, Cicereia, ont restreint le droit du créancier fondé sur la loi Silia (1).

IV. La jurisprudence s'efforce de rattacher aux Douze Tables toutes ses innovations pour leur imprimer la stabilité du pacte fondamental. On a fait un mérite aux jurisconsultes romains, on a mis sur le compte de leur génie pour le droit l'application qu'ils ont faite, de très bonne heure, de la loi de l'économie logique, qui est une des lois fondamentales de la technique juridique (2). Leur constante préoccupation est de suffire, à l'aide des moyens existants, aux besoins nouveaux de la société. Pour atteindre ce but, ils n'ont pas craint de détourner les principes et les institutions de leur destination normale. Voilà pourquoi la mancipation, par exemple, a reçu tant d'applications étrangères à sa fonction primitive. On l'emploie pour réaliser la vente, la donation, le dépôt, le gage, l'adoption, l'émancipation, le mariage, le testament. Ce fait n'a-t-il pas son explication toute naturelle dans le désir de communiquer aux règles ou aux institutions nouvelles le caractère constitutionnel qui appartient aux Douze Tables ?

CHAPITRE III

Des modes de formation du droit après les Douze Tables.

L'abdication forcée des décemvirs mit fin à cette source du droit dont les résultats sont consignés sur les Douze Tables. Encore n'est-il pas certain que les deux dernières aient été achevées par les décemvirs. Cicéron l'affirme, ainsi que Macrobe (3) ; mais Diodore prétend qu'elles sont des consuls Valerius et Horatius. Quelles furent dès lors, et pendant le qua-

(1) Gaius, IV, 30 ; II, 225-227 ; III, 121, 123.
(2) Ihering, IV, 234.
(3) Cic., De Rep., II, 27 ; Macr., Sat., I, 13, 21.

trième siècle, les sources du droit privé? Pomponius en signale une seule : l'interprétation des pontifes. C'est à cette source qu'il rapporte la formation du droit civil. Il faut y joindre les lois centuriates.

I

LES LOIS CENTURIATES.

L'assemblée des centuries eut d'abord un caractère purement militaire ; elle ne tarda pas à devenir une assemblée politique (1). Elle partagea avec les curies le droit de participer à l'élection des magistrats et à la confection des lois.

Dans la confection d'une loi, il y a deux phases à distinguer : la proposition de la loi (*legem ferre*) et le vote de la loi (*legem rogare*). Le projet de loi, préparé par l'un des consuls avec l'assentiment du sénat, était rendu public (*promulgare*) aux trois jours de marché qui précédaient les comices. Dans l'intervalle se tenaient des réunions préparatoires (*conciones*) où chacun pouvait parler pour ou contre le projet : aucun amendement n'était admis. Le jour du vote arrivé, on consultait d'abord les comices par centuries, puis les comices par curies. Ce double vote avait été primitivement exigé pour permettre au peuple de revenir sur sa décision, s'il avait lieu de se repentir de son premier mouvement (2). C'était là une mesure fort sage : tant qu'il n'y eut que des comices par curies, les deux délibérations eurent lieu dans ces comices ; il en fut autrement lorsqu'il y eut des comices par centuries. Cette innovation n'entraîna, pour le moment, aucun déplacement d'influence. Sans doute, dans les centuries, plébéiens et patriciens étaient confondus ; mais comme la loi n'était parfaite qu'après ratification des curies, la décision était entre les mains de ceux qui, dans les curies, avaient la prépondérance. Par suite, tant que les *gentes* patriciennes formèrent la majorité, les patriciens furent maîtres du vote. Certes il pouvait y avoir conflit entre le vote des centuries et celui des curies ; en fait, ce n'était guère à redouter : la volonté des curies était connue d'avance, car dans les comices par centuries, c'étaient les six centuries de chevaliers patriciens qui étaient les premières appelées à voter.

Ce mode de confection des lois fut usité de l'an 260 à l'an 414.

(1) Cicéron (De Rep., II, 31) affirme que la première loi centuriate fut la loi Valeria sur l'appel au peuple, rendue en 260.
(2) Cic., De leg. agr., II, 11.

A cette date, une loi Publilia, votée sur la proposition du dictateur Publilius Philo, décida que la *patrum auctoritas* précéderait le vote des centuries : c'était amoindrir l'autorité des patriciens (1) ; ils devaient ratifier d'avance un vote dont ils ignoraient les résultats. La *patrum auctoritas* n'était plus qu'une formalité. Les patriciens cessèrent de se rendre aux comices par curies, qui furent bientôt réduits aux trente licteurs chargés de les convoquer. Du jour où les centuries n'eurent plus à se préoccuper de l'avis des patriciens, la prépondérance appartint aux citoyens de la première classe, c'est-à-dire aux plus riches. Ils disposaient de quatre-vingt-dix-huit voix ; il n'en fallait que quatre-vingt-dix-sept pour leur assurer la majorité. Aussi Tite-Live dit-il que l'on consultait rarement les citoyens de la deuxième classe, bien moins encore ceux des classes inférieures.

Telle fut l'organisation du pouvoir législatif à Rome, aux deux premiers siècles de la République. Nous pouvons maintenant déterminer dans quelle mesure les lois, soumises à l'approbation du peuple, ont contribué à la formation du droit privé.

La réglementation des rapports de droit, si variés et si complexes, qui peuvent naître entre citoyens, exige une connaissance approfondie des précédents, une grande expérience de la pratique judiciaire, un travail préparatoire long et minutieux : toutes choses qu'on ne peut demander à une assemblée populaire. Aussi à Athènes le peuple n'était-il consulté que pour statuer sur la paix ou sur la guerre (ψηφίσματα) ; le soin de rédiger les lois de fond (νόμοι) était l'œuvre des nomothètes. A Rome, on eut recours à un système mixte, qui comportait dans une mesure restreinte l'intervention du peuple dans la confection de la loi. Les Douze Tables furent rédigées par une commission d'hommes au courant des usages de leurs pays et des lois des pays étrangers, puis soumises à l'approbation des comices. Le peuple eut à se prononcer moins sur les détails que sur les idées générales dont s'étaient inspirés les décemvirs.

On ne pouvait procéder de la sorte que pour un travail d'ensemble. Les lois postérieures aux Douze Tables, statuant sur des questions spéciales, sont plutôt des consultations demandées au peuple sur une direction nouvelle à imprimer à la jurisprudence. La mise en application et l'interprétation de la loi étaient aban-

(1) L'*auctoritas patrum* émane-t-elle des patriciens, ou du sénat, ou seulement des sénateurs patriciens? La question est l'objet d'une vive controverse. Voy. *infra*, liv. III. J. E. Labbé, *Dissertation sur l'*auctoritas patrum *et la force légale des plébiscites* (App. au t. Ier d'Ortolan), p. 763; Willems, *Le sénat,* II, 33; Mommsen, III, 1037.

données au collège des pontifes. Ils avaient toute latitude pour régler les détails, en s'inspirant de la volonté exprimée par le peuple. Si les lois curiates relatives au droit privé sont rares, à l'époque royale, à ce point qu'on en a nié l'existence, il en est à peu près de même des lois centuriates, depuis les Douze Tables jusqu'au milieu du cinquième siècle. Pomponius les passe complètement sous silence. On ne peut guère citer que la loi qui supprima l'interdiction du mariage entre patriciens et plébéiens ; la loi Pinaria, qui accorda un sursis aux défendeurs en justice, en décidant que les instances ne seraient organisées que trente jours après la demande ; la loi Licinia Sextia, qui limita à cinq cents arpents par chef de famille la faculté d'occuper des terres dépendant du domaine public ; la loi Duilia, qui limita le taux de l'intérêt, et la loi Genucia, qui défendit de prêter à intérêt.

Ces lois sont en bien petit nombre : il n'est pas inutile d'en faire la remarque. On a souvent attribué aux Romains cette idée que la volonté du peuple est la loi suprême (1). Cette assertion n'est pas conforme aux données de l'histoire. Dans la confection des lois, le rôle du peuple, nul à Athènes, fut à Rome très secondaire.

II

L'INTERPRÉTATION DES PONTIFES.

I. — Les lois antiques présentent une différence notable avec les lois modernes, au point de vue de leur rédaction, et cette différence se traduit par des conséquences pratiques importantes. De nos jours, lorsqu'une question s'impose à l'attention des pouvoirs publics, le législateur l'envisage sous ses aspects divers et s'efforce de la réglementer dans ses détails, tout au moins de donner à sa décision une formule assez large pour comprendre les cas imprévus. Le législateur antique procède autrement ; il se borne à faire connaître son sentiment sur le point qui a le plus fortement attiré son attention, en laissant aux interprètes le soin d'en déduire les conséquences. Cette façon de procéder vient de ce que la loi, étant soumise à l'approbation du peuple, devait être condensée dans une brève formule, pour être facilement comprise par tous.

La distinction entre l'œuvre du législateur et celle de l'interprète ressort d'un passage de Cicéron. En présentant dans son

(1) Rousseau, *Contrat social*, III, 2.

traité *des lois* (1) son plan idéal de législation, il déclare qu'il se contentera de proposer *legum leges*, et, un instant après, il développe sa pensée en opposant entre elles deux sortes de lois : les unes (*leges non perfectæ*) qui expriment la pensée du législateur sous une forme substantielle, et qui se distinguent par leur extrême concision (2) ; les autres, qui ont pour objet de parfaire sa pensée (*leges perfectæ*), descendent aux plus minutieux détails. Cicéron donne un exemple, qui nous permet de saisir sur le vif l'antithèse qui existe entre ces deux sortes de lois, et nous apprend en même temps de qui émanent les secondes. La *lex legum* en matière religieuse contient ce simple précepte : « Que les cultes privés demeurent à perpétuité. » Les pontifes en ont déduit cette règle de droit : « A la mort du chef de famille, le culte sera mis à la charge de celui qui recueillera les biens. » Cette règle a donné lieu elle-même à une foule de décisions qui remplissent les livres des jurisconsultes (3).

Le rôle de l'interprète consiste donc, à cette époque, à parfaire la loi. Parfaire la loi, c'est tout d'abord examiner toutes les questions auxquelles elle peut donner lieu et les résoudre conformément à l'esprit de la loi (4). Sur ce point le rôle de l'interprète antique se confond avec celui de l'interprète moderne, avec cette différence que la décision du premier a une autorité plus grande en raison du caractère sacerdotal dont il est revêtu, et que la mission qui lui incombait était d'autant plus étendue que la loi était plus brève.

Parfaire la loi, c'est ensuite déterminer les rites à observer, soit pour procurer aux droits qu'elle consacre la garantie de l'État, soit pour faire valoir ces droits en justice. Aujourd'hui, la sanction de la puissance publique est assurée à toute convention qui n'est contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. A Rome, elle n'existe que pour les droits qu'on a solennellement placés sous la garantie de l'État. Aujourd'hui, lorsqu'un droit fondé sur la loi est méconnu, nous pouvons saisir directement le tribunal de la contestation. A Rome, le droit, comme la religion, consiste dans l'observance scrupuleuse de certains rites ; le magistrat ne peut con-

(1) Cic., De leg., II, 7 : Leges autem a me edentur non perfectæ, nam esset infinitum, sed ipsæ summæ rerum atque sententiæ.

(2) Sex. Cæcilius louait l'*absoluta brevitas verborum* des Douze Tables. Gell., XX, 1. Les lois criminelles étaient, par la force des choses, plus précises que les lois civiles ; elles fixaient les éléments constitutifs des délits et la nature des peines ; elles laissaient cependant beaucoup à faire à l'interprète. Cf. la *lex horrendi carminis* de Tullus Hostilius, *supra*, p. 60.

(3) Cic., De leg., II, 19. Cf. Puntschart, op. cit., 54.

(4) Cf. Jul., 59 Dig., D., I, 3, 10.

naître du débat motivé par la violation d'un droit que s'il en est saisi dans les formes et avec les solennités prescrites. C'est à l'interprète de régler les solennités à accomplir dans tous les cas qui peuvent se présenter dans la pratique : ces solennités portent, dans l'un et l'autre cas, le nom d'*actiones*.

II. — A qui appartenait l'interprétation de la loi au début de la République? La question n'est pas sans difficultés. On présente d'ordinaire les consuls comme les héritiers de l'autorité royale : cela est vrai en ce sens qu'ils ont reçu l'*imperium* du roi dans toute son étendue (1); on s'est borné à élire deux consuls et à limiter à un an la durée de leurs fonctions. Mais les pouvoirs religieux du roi furent attribués au président du collège des pontifes : il est à remarquer qu'on n'osa pas limiter les pouvoirs du grand pontife, comme on limita ceux des consuls. Il n'y eut qu'un seul grand pontife, comme il y avait eu un seul roi. Ce pontife fut nommé à vie comme le roi; il jouit du privilège d'être logé dans le palais des rois. Le collège des pontifes, à la différence des autres collèges sacerdotaux qui formaient de petites républiques, conserva une constitution monarchique. Il faut tenir compte de ce dédoublement des pouvoirs royaux pour résoudre la question de savoir à qui fut dévolue l'interprétation des lois. Est-ce aux consuls ou au grand pontife?

En matière civile, la juridiction appartient certainement aux consuls. Tite-Live et Varron les appellent *judices*. Mais Festus qualifie de la même manière le grand pontife (2) : faut-il en conclure que les pontifes ont un droit de juridiction en matière civile comme en matière religieuse? Cette dualité de juridiction n'est guère vraisemblable, si l'on doit l'entendre en ce sens que les plaideurs auraient eu le droit d'opter entre elles. On concevrait plutôt un partage de compétence; mais la généralité des textes ne se prête pas à cette hypothèse. Si les pontifes n'ont pas eu de juridiction concurremment avec les consuls, comment expliquer le fragment de Festus? Le mot *judex* est pris ici dans un sens spécial que Cicéron nous fait connaître (3) : on considérait les pontifes comme des *judices*, parce qu'ils avaient, à titre d'interprètes de la loi, un pouvoir égal à celui des juges. Le rôle de l'interprète n'est pas sans analogie avec celui du juge : il consiste à déterminer les cas qui tombent sous l'application de la loi, de même que le juge

(1) Liv., II, 1; IV, 3; Cic., De Rep., II, 32; III, 3.

(2) Liv., III, 55; Varr., L. l., VI, 88; Festus, v° *Ordo : judex et arbiter rerum divinarum et humanarum*. Cf. Ihering, I, 300; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives* (Nouv. Rev. hist., 1889), p. 372.

(3) Cic., De harusp., 7.

applique la loi aux espèces qui lui sont soumises. Les pontifes montraient le droit; les consuls l'appliquaient. C'est en qualité d'interprètes que les pontifes ont exercé leur influence sur le droit civil. Pomponius l'affirme pour l'époque postérieure aux Douze Tables. Mais s'il en a été ainsi dans un temps où le droit se dégageait de plus en plus de la religion, à plus forte raison les pontifes ont-ils dû avoir le pouvoir d'interpréter la loi dans la période antérieure.

Nous pouvons maintenant déterminer la situation respective des consuls et des pontifes quant à l'administration de la justice. Pomponius dit que, chaque année, le collège des pontifes déléguait un de ses membres pour *præesse privatis*. Quelle est la mission ainsi désignée? Il est difficile de rien affirmer. Nous croyons cependant que le délégué des pontifes était chargé de donner son avis au magistrat. Il jouait à cet égard le rôle d'un assesseur, mais avec un caractère bien différent : l'avis d'un assesseur ne lie pas le juge, le délégué des pontifes décidait souverainement comment la loi devait être interprétée. L'avis d'un assesseur peut porter aussi bien sur la question de fait que sur la question de droit ; le délégué des pontifes n'avait pas à apprécier le fait soumis aux magistrats. L'expression *præesse privatis* ne signifie pas que le délégué des pontifes avait la présidence effective des instances relatives aux intérêts privés : elle caractérise la situation prépondérante qu'il occupait dans l'administration de la justice en qualité d'interprète de la loi.

La séparation des pouvoirs civils et religieux, lors de l'établissement de la République, eut son contre-coup dans l'administration de la justice civile; le pouvoir d'interpréter la loi fut séparé du pouvoir de juger. Les décisions judiciaires conservaient aux yeux du peuple le caractère qu'elles avaient eu au temps des rois; elles semblaient une manifestation de la volonté des dieux, révélée aux consuls par le délégué des pontifes. La permanence du collège des pontifes était d'ailleurs une garantie pour la bonne administration de la justice : elle assurait l'unité de vues et le maintien des traditions, et supprimait ainsi les inconvénients qui seraient résultés du changement annuel des magistrats.

III. — Dans la période postérieure aux Douze Tables, les pontifes ont contribué à la formation du droit à trois points de vue : ils ont été les interprètes de la loi; ils ont déterminé les formules servant à faire valoir en justice les droits reconnus par la loi (*legis actiones*) ; ils ont fixé les formes des actes juridiques (*actiones*).

De ces trois propositions la première ressort d'un passage de

Pomponius. Il affirme, d'une part, que le droit civil commença à découler des Douze Tables presque aussitôt après leur promulgation; d'autre part, que l'interprétation de la loi appartenait aux pontifes; ils avaient à la fois la science de l'interprétation et le pouvoir d'interpréter la loi (1).

Les décisions des pontifes, interprètes des Douze Tables, étaient-elles obligatoires à l'égal de la loi? Il faut se garder ici d'exprimer une opinion tranchée, qui ne serait pas conforme aux habitudes des Romains au premier siècle de la République (2). Ce serait, à notre avis, une erreur de croire que les pontifes aient jamais été officiellement investis du pouvoir d'interpréter les lois. Il n'y a pas trace dans les textes d'une concession de ce genre, et nous verrons que, même à une époque ultérieure, le pouvoir reconnu au préteur en matière législative ne lui a pas été spécialement conféré : c'était une conséquence de son *imperium*. Mais si les pontifes n'ont pas reçu la mission d'interpréter le droit (*jus*), ils tiennent de la coutume des ancêtres le pouvoir d'interpréter la volonté des dieux. A ce titre, leurs décisions avaient force de loi dans les questions qui se rattachaient au droit théocratique (*fas*). Est-il surprenant qu'ils aient cherché à étendre leur influence sur l'interprétation des Douze Tables, alors qu'ils possédaient seuls l'art d'appliquer le droit? Leur prétention parut d'autant plus légitime que, sur bien des points, le droit continuait à être uni à la religion. La surveillance qu'ils exerçaient sur les cultes privés leur donnait le pouvoir de réglementer les questions de tutelle,

(1) Pomp., Enchir., D. I, 2, 2, 6. Cf. Cic., De or., I, 41 : « Veteres illi qui huic scientiæ præfuerunt. » P. Mur., 11 : « erant in magna potentia qui consulebantur. » Il y a, il est vrai, un autre passage de Pomponius qui pourrait faire naître un doute. Après la publication des Douze Tables, dit le § 5, l'interprétation commença à avoir besoin, comme il arrive d'ordinaire, de l'autorité des prudents et des discussions du forum. Ici Pomponius interrompt son récit pour faire remarquer que ces discussions et ce droit, œuvre des prudents, ne sont pas désignés par un nom spécial, mais reçoivent la dénomination générale de droit civil. Si cette assertion était exacte, il en résulterait que les pontifes, interprètes des Douze Tables, n'avaient pas plus d'autorité que de simples légistes, sans quoi il y aurait certainement un mot pour désigner le pouvoir qui leur était dévolu. Mais cette dénomination que Pomponius semble ignorer au § 5, il nous la fait connaître dans son sixième livre sur Q. Mucius (D., L, 16, 120) et dans un autre passage de son *Enchiridion* (§ 38) : c'était l'*interpretatio*. Comment expliquer l'inexactitude qui s'est glissée à la fin du § 5? Nous ne serions pas éloigné de croire que la deuxième phrase de ce paragraphe est une addition maladroite des compilateurs du Digeste. Constatant qu'une partie notable des règles de l'ancien droit ne provenaient d'aucune des sources du droit dont le souvenir s'était conservé jusqu'à eux, ils en attribuèrent l'introduction à la jurisprudence. Ces règles n'auraient eu d'abord que la valeur morale qui s'attache à l'avis d'un jurisconsulte; puis, consacrées par l'usage, elles auraient fini par acquérir force de loi.

(2) Cf. Krueger, *Geschichte der Quellen*, 27; Jörs, *Röm. Rechtswissenschaft*, 41. Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, 1871, p. 220; Faure, *Histoire de la préture*, 1878, p. 17; Marquardt, VI, 304 (381). Puntschart, *Civilrecht der Römer*, 40, voit dans le pouvoir d'interpréter la loi une institution consacrée par le droit public.

de succession, et bien d'autres non moins importantes (1). Gaius en donne une preuve décisive : la tutelle des patrons sur leurs affranchis impubères fut, dit-il, appelée légitime, non pas que la loi s'en fût spécialement occupée, mais parce que, admise par voie d'interprétation, on la considéra comme comprise dans les termes de la loi (2).

IV. — Indépendamment de l'interprétation de la loi, les pontifes avaient le pouvoir de déterminer les solennités des actes (*actiones*, *formæ agendi*). Cela s'applique d'abord aux actions de la loi : Pomponius atteste qu'elles sont l'œuvre des pontifes. Il ne faut pas se laisser induire en erreur par la dénomination donnée à ces actions, et les tenir pour une création du législateur. Ce sont les interprètes qui ont créé les actions de la loi, en exécution non seulement des Douze Tables, mais de toutes les lois rendues antérieurement au système de procédure formulaire (3). Si l'on s'en tenait aux premiers mots du § 6, on pourrait croire qu'il ne s'agit ici que des actions de la loi ; mais le § 7 prouve que Pomponius prend le mot *actiones* dans son acception la plus large.

Dans l'ancien droit, ce mot désignait les solennités des actes juridiques aussi bien que celles des actions de la loi (4). Même à l'époque classique, le mot *actio* est parfois employé

(1) Leist, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme,* 1850, p. 12; Voigt, I, 136.

(2) Gaius, I, 165. Ce n'est pas là un fait isolé. Gaius, II, 42, déclare que les Douze Tables avaient fixé à deux ans la durée de l'usucapion pour les fonds de terre et pour les maisons. Cicéron (p. Cæc., 19) nous apprend que la loi visait uniquement les fonds de terre, et qu'elle fut étendue aux maisons. Cette extension, due aux interprètes, était considérée par tous comme ayant la même force que si elle était écrite dans la loi. De même Ulpien (XII, 2) dit que les Douze Tables avaient mis en curatelle le fou et le prodigue, alors que Cicéron (Tusc., III, 15; De inv., II, 50) dit qu'elles ne parlaient que du fou.

(3) Si, par exemple, les textes mentionnent une action de la loi Aquilia, il ne faut pas en conclure qu'elle a été introduite par cette loi ; on veut simplement la distinguer, par cette dénomination, de celles qui ont été composées en exécution des Douze Tables. De même pour les actions de la loi Furia, Ollinia (Publilia?), Apuleia (Gaius, IV, 109; III, 122. Cf. le *præjudicium ex lege Cicereia,* Gaius, III, 123), peut-être aussi pour l'action de la loi Cornelia, bien que rien ne nous autorise à affirmer que ce soit une action de la loi. Gaius, III, 124. Cf. Lenel, *E. P.,* 168, 170.

(4) Varron (R. r., II, 5, 11) cite les formules usitées pour les ventes d'animaux en les comparant aux *actiones* de Manilius; Cicéron (De or., I, 57) désigne un recueil de formules de testaments sous le nom d'*actiones* d'Hostilius; on trouve également mentionnées des *actiones* de Cosconius relatives au droit public (Varr., L. l., VI, 9, 89); les *libri actionum* d'Ofilius (Ulp., 22 ad Sab., D. XXXIII, 9, 3, 5, 8, 9); le *liber actionum* d'Appius Claudius relatif aux *usurpationes* (Pomp., L. c., 2, 36). Mommsen, *Röm. Forschungen*, I, 302, et Krueger, *Geschichte der Quellen,* 53, n. 6, pensent qu'au § 36 *actionum* est une glose; ils le suppriment. Ce mot est en effet très embarrassant dès qu'on prend *actiones* pour synonyme de *legis actiones :* il ne l'est pas dans notre manière de voir. On s'explique d'autant mieux un livre sur les solennités requises pour interrompre l'usucapion, que quelques-unes d'entre elles nous sont connues.

pour désigner un acte juridique solennel remontant à l'ancien droit (1). Cela posé, lorsque Pomponius affirme que les *actiones* étaient au pouvoir du collège des pontifes, cela ne peut s'entendre exclusivement des actions de la loi dont il vient de parler, car immédiatement après il ajoute que Flavius les divulgua. Or, tous les témoignages concourent à prouver que le scribe d'Ap. Claudius rendit accessibles au public non pas seulement les actions de la loi, mais le *jus civile* en général (2). Les formes des actes juridiques de l'ancien droit présentent d'ailleurs les mêmes caractères que celles des actions de la loi. Les unes et les autres ont été établies par des règlements qui avaient par eux-mêmes ou qui ont acquis force de loi (*legibus proditæ*) (3). De même que Pomponius appelle *legitimæ actiones* les actions de la loi, de même Papinien qualifie *actus legitimi* les actes juridiques de l'ancien droit : la mancipation, l'acceptilation, l'option d'un esclave, la nomination d'un tuteur testamentaire, l'adition d'hérédité (4).

Les actes juridiques, comme les actions de la loi, comportent des paroles solennelles (*certa verba*) (5). Les solennités fixées par les règlements des pontifes sont immuables. On n'y peut rien changer, à peine de nullité. Cela est vrai non seulement des actions de la loi (6), mais aussi des actes juridiques (7), des actes du droit sacré (8), et plus tard des stipulations prétoriennes (9). Il ne faut pas s'étonner dès lors que les formes de la mancipation, de l'*in jure cessio*, de l'adoption et de l'émancipation aient subsisté jusqu'à Justinien : c'est qu'elles avaient été

(1) Paul (Vat., fr. 47) appelle *civilis actio* l'*in jure cessio* et l'adjudication. Gaius (I, 112, 115) désigne la mancipation sous le nom de *per æs et libram agere*. Cf. Gell., II, 6 : « in actionibus civilibus auctores laudari dicitur. » On rencontre pour la première fois le mot *actiones*, pris dans le sens spécial d'action en justice, dans les *Tripertita*, composées par Sex. Ælius au milieu du sixième siècle : l'une des trois parties de son ouvrage était consacrée aux actions *quibus inter se homines disceptarent*. (Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 6.)

(2) Liv., IX, 46; Val. Max., II, 5, 2. Crassus, qui d'après Cicéron (De or., I, 41) se plaint de ce que personne n'ait mis en ordre les matériaux contenus dans les *Actiones* de Flavius, annonce (c. 42) son intention de classer méthodiquement toutes les règles du droit civil : *omne jus civile in genera digerere*.

(3) Gaius, IV, 11.

(4) Pap., 28 Quæst., D., L, 17, 77.

(5) Cf. pour la mancipation, Ulp., XIX, 3; pour les legs, Inst., II, 20, 2; pour la *confarreatio*, Gaius, I, 112; pour le divorce, Cic., De or., I, 40; pour l'institution d'héritier, Gaius, II, 117; pour la *cretio*, Gaius, II, 166; pour la nomination d'un tuteur, Gaius, I, 149 : *Rectissime*.

(6) Gaius, IV, 21; Cic., De inv., II, 19; Pomp., 14 ad Sab., D., L, 17, 2, 7.

(7) Gaius, II, 218.

(8) Liv., XXII, 9.

(9) Ulp., 7 Disp., D., XLV, 1, 52 pr. On appelle *vitium* toute irrégularité commise dans la solennité prescrite. Gaius, II, 218. Cf. Gaius, Ad Ed. præt. urb., D., XXVIII, 5, 32 pr.

établies par des règlements que l'on considérait comme ayant force de loi.

CHAPITRE IV

La maison et la famille.

Dans les textes de la fin de la République et de l'époque impériale, les mots maison et famille (*domus, familia*) n'expriment pas deux idées distinctes. Le mot maison désigne non pas seulement l'habitation, la demeure du chef de famille, mais aussi, par extension, les personnes qui résident avec lui, les membres de sa famille (1). La maison et la famille se composent des mêmes personnes. « Le père de famille, dit Ulpien (2), est celui qui est maître dans sa maison, celui qui est investi du droit de propriété. »

En était-il de même dans l'ancien droit? Nous ne le croyons pas. Il est difficile d'admettre qu'à une époque où la langue était pauvre, on ait eu deux mots pour exprimer la même idée. Le doute se change en certitude lorsqu'on voit dans les formules sacrées, qui remontent à une haute antiquité, les mots *domus* et *familia* opposés l'un à l'autre (3). Ces deux mots désignent un groupe de personnes, mais en envisageant ces personnes à des points de vue différents : ici au point de vue du culte, là au point de vue du droit. La famille comprend les personnes associées à un même culte et placées sous la protection d'un même père. La maison comprend les personnes placées sous la dépendance d'un même maître, et sur lesquelles ce maître a un droit garanti par l'État.

La composition de ces deux groupes n'est pas tout à fait identique. Dans l'un et l'autre on trouve bien, outre le chef, les enfants et les descendants par les mâles, ainsi que les esclaves. Mais les femmes, qui sont entrées dans la famille par leur mariage, ne font partie de la maison que si elles sont *in manu*.

(1) Cic., ad Att., IV, 2 : te domus nostra tota salutat.

(2) Ulp., 46 ad Ed., D., L, 16, 195, 2 : Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet.

(3) Caton, R. r., 132, 134, 139, 142. Cf. la formule du serment dans Liv., XXII, 53 : Si sciens fallo, tum me, Jupiter optume maxime, domum familiamque remque meam pessimo leto adficias.

Les clients et les affranchis se rattachent à la famille; ils ne sont pas de la maison de leur patron. En sens inverse, il y a des personnes qui sont de la maison sans être de la famille : les serviteurs de naissance libre et les prisonniers pour dettes.

La distinction de la maison et de la famille présente un intérêt capital pour l'intelligence de l'ancien droit, et particulièrement pour apprécier la situation des membres de la maison et de la famille dans leurs rapports avec le chef considéré comme maître ou comme père.

Vis-à-vis des membres de la famille, le père a les pouvoirs d'un magistrat; mais il a surtout des devoirs. Vis-à-vis des membres de la maison, le maître a des droits.

Le père exerce son pouvoir, il remplit ses devoirs sous le contrôle du censeur. Le maître exerce librement ses droits sous les restrictions établies par la loi.

Au point de vue du culte, les membres de la famille ont une individualité propre. Les membres de la maison ne comptent pas au point de vue du droit : la loi ne les considère que comme un objet de propriété. La religion connaît et protège les individus associés à son culte. Le droit ne connaît que les groupes, et n'accorde sa protection qu'aux maîtres de maison.

I

LE CHEF DE FAMILLE CONSIDÉRÉ COMME PÈRE.

§ 1er. — *Le père.*

A la tête de la famille se trouve un chef qui porte le nom de père (*paterfamilias*). Le mot *pater* n'implique nullement l'idée de paternité; il se dit tout aussi bien d'un homme qui n'a pas d'enfants, par exemple d'un impubère. D'après son étymologie, il désigne celui qui veille à l'entretien et à la conservation de la famille (1) : c'est le protecteur naturel de la famille. C'est dans un sens analogue qu'on donne aux dieux le nom de Pères (2).

En sa qualité de protecteur de la famille, le père a plusieurs devoirs à remplir. Il doit :

1° Pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de

(1) Curtius, *Gr. etym.*, 25, 3; Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 351.
(2) Lact., Div. Inst., IV, 3. Cf. *Pater patratus.*

la famille suivant sa fortune et le rang qu'il occupe dans la société (1);

2° Assurer la perpétuité de la famille en contractant un mariage en vue de procréer des enfants (*liberorum quærendorum causa*). A diverses époques, les censeurs infligèrent des peines aux célibataires (2) ;

3° Accomplir les cérémonies du culte domestique pour attirer sur la famille la faveur des dieux ;

4° Maintenir l'ordre dans la famille.

Sous ces deux derniers points de vue, la mission du père de famille à Rome présente un caractère original, complètement étranger à nos usages modernes. Le père est à la fois le prêtre et le magistrat de la famille. Envisageons-le sous ce double aspect.

I. Prêtre, le père est investi d'un pouvoir analogue à celui du chef de la *gens*. Comme lui, il doit, aux époques fixées par l'usage, accomplir les cérémonies religieuses pour attirer sur la famille la protection des dieux (3). C'est pour lui un devoir si impérieux que la loi même dispense les soldats de répondre à l'appel, si le jour de la convocation coïncide avec un sacrifice anniversaire qui ne peut être ajourné (4).

Le père a seul qualité pour présider aux cérémonies destinées à consacrer les principaux événements qui se produisent dans la famille : naissances, fiançailles et mariages. De sa volonté dépend l'entrée dans la famille du nouveau-né ou de la jeune épouse. Il n'en était pas de même pour les funérailles dans les familles patriciennes : elles réunissaient les membres de la *gens* autour du sépulcre gentilice. On avait pu conserver ici, sans inconvénient, un antique usage, parce qu'il s'agissait d'un acte qui ne pouvait porter atteinte à l'autorité du chef de la famille à laquelle appartenait le défunt.

II. Magistrat domestique, le chef de la famille a seul autorité sur tous les membres qui la composent. La puisance paternelle et la puissance maritale sont inconnues à Rome, en ce sens que l'une n'est pas la conséquence de la paternité, ni l'autre de la qualité de mari. A plus forte raison la mère n'a-t-elle aucun pouvoir sur ses enfants.

L'autorité du chef sur les membres de la famille ne consiste pas simplement, comme de nos jours, en un droit de correc-

(1) Arg. Liv., VII, 4.

(2) Val. Max., II, 9, 1, cite un exemple de l'an 351. Festus, v° *Uxorium*. Cf. Marquardt, *Röm. Privataltertkümer*, p. 71.

(3) Cic., P. domo, 41.

(4) Gell., XVI, 4.

tion. Elle est absolue et exclusive, mais non arbitraire. En vertu de coutumes antérieures à la fondation de la cité et confirmées par les lois royales, le chef a sur les membres de la famille le pouvoir de vie et de mort (1), et il l'exerce à l'exclusion de l'autorité publique. Il a seul qualité pour punir tout acte répréhensible ou délictueux, commis par les membres de la famille. Lors même que cet acte constituerait une infraction aux lois de la cité, il échapperait à la juridiction des magistrats publics. La maison romaine est un asile inviolable ; nul n'y peut pénétrer, même pour y saisir un coupable (2).

Ce respect de l'autorité du père de famille n'est pas un signe de faiblesse : c'est la preuve que l'État a confiance en sa justice. Les exemples que l'on trouve à chaque page de l'histoire des premiers siècles montrent que cette confiance était méritée. Le pouvoir du père est celui d'un magistrat et non d'un despote (3) : il doit être exercé avec conscience. L'opinion publique, à défaut de la loi, se chargeait de le contenir dans de justes limites. Un excès d'indulgence ou de sévérité motivait, sous la République, l'intervention du censeur, et vraisemblablement, au temps des rois, un blâme de l'assemblée de la *gens*.

Grâce au pouvoir souverain attribué à son chef, la famille romaine forme une espèce de corporation dont la forte organisation contraste singulièrement avec le relâchement de la famille moderne. Cette organisation n'est pas une création arbitraire de la loi : elle est antérieure à la formation de la cité. On ne rencontre dans l'ancien droit aucune disposition relative à la composition et à l'administration de la famille : la loi s'est

(1) C'est à tort qu'on attribue généralement au père un « droit » de vie et de mort. Les textes emploient le mot *potestas,* et non le mot *jus.* La remarque a son importance pour déterminer l'origine du pouvoir du père : ce n'est pas une création de la loi. Dans la formule de l'adrogation, qui remonte au très ancien droit, le magistrat dit au peuple : « Velitis, jubeatis... utique ei vitæ necisque in eum *potestas* siet, uti patri endo filio est. » (Gell., V, 19.) Cf. Cic., P. dom., 29 : « Te esse interrogatum auctorne esses, ut in te P. Fonteius vitæ necisque *potestatem* haberet ut in filio. » Vers la fin de la République, le caractère primitif de la *potestas* a été altéré. La loi, n'ayant plus confiance en ceux qui étaient investis de la puissance paternelle, en a réglementé l'exercice. La loi Julia *de adulteriis* a retiré au mari le pouvoir de vie et de mort sur sa femme *in manu* pour le conférer, dans certains cas, au père de la femme. Le *jus occidendi* fut, pour celui-ci, une concession de la loi. Pap., 1 de adult., D., XLVIII, 5, 22, 1 ; Paul., De adult., *Coll. leg. Mos.*, IV, 2, 3. Au temps d'Hadrien, la puissance paternelle était considérée comme un privilège que l'empereur pouvait accorder ou refuser. (Gaius, I, 93.) Il ne faut pas dès lors s'étonner de voir les jurisconsultes classiques parler d'un *jus potestatis*. (Gaius, I, 55 ; Inst., I, 9, 2.) On trouve néanmoins chez quelques-uns d'entre eux des vestiges de la distinction primitive de *jus* et de *potestas* dans la locution *jus ac potestas*. Ulp., 3 disp., D., L, 17, 59.

(2) Cic., P. domo, 41.

(3) Sen., De benef., III, 11.

bornée à régler les rapports du chef et des membres de la famille avec les tiers.

On a cependant l'habitude d'établir une opposition entre la situation faite au chef de famille par la loi et celle qu'il tient des coutumes gentilices. Cette antithèse s'explique aisément : le droit a de bonne heure pénétré au sein de la famille; le législateur a restreint de plus en plus les pouvoirs du chef, de sorte que ceux qu'il lui a conservés semblent être une concession de la loi. Il n'est pas inutile de constater que l'antithèse est plus apparente que réelle : on pourrait sans cela considérer la coutume comme le correctif de la loi, et être tenté de rechercher à quel état de civilisation appartient une loi conférant au chef de la famille un pouvoir aussi despotique. La vérité, c'est que la loi antique est restée étrangère à l'organisation de la famille romaine, et que les pouvoirs du chef ont toujours eu un contrepoids dans les règles consacrées par les coutumes gentilices. Loin de dériver de deux sources différentes, le pouvoir et les devoirs du père sont des vestiges de l'organisation patriarcale de la famille.

Entrons dans les détails et recherchons comment le chef exerçait son pouvoir sur les membres de la famille. Ce pouvoir, nous l'avons dit, n'est pas arbitraire. Le chef a une latitude d'appréciation plus ou moins étendue, suivant la gravité de la faute commise.

Si la faute est légère, le chef décide seul et souverainement de la correction à infliger. Si elle est grave, l'affaire doit être soumise au tribunal domestique (*judicium domesticum*), sauf deux cas : en cas de flagrant délit d'adultère, et lorsque le coupable est un esclave (1). Pour toute autre faute grave, le chef ne peut statuer qu'après avoir pris l'avis d'une sorte de conseil de famille. La faute est réputée grave lorsqu'elle constitue un crime prévu par la loi publique, ou bien encore lorsqu'elle consiste en un acte réprouvé par la coutume et qui doit entraîner la peine de mort, la perte de la liberté ou une peine corporelle rigoureuse.

La composition du conseil de famille, imposé par la coutume (2) et non par la loi, n'était pas fixée d'une manière précise : on y trouve des parents dans le sens le plus large du mot (3) et des amis (4). Si une femme mariée est traduite en jugement, ses plus

(1) Liv., II, 21; Denys, II, 26; Caton, De dote, ap. Gell., X, 23; Quintil., VII, 3, 27.
(2) Tac., Ann. XIII, 32 : *prisco nstituto*.
(3) *Necessarii*, συγγενεῖς, Val. Max., VI, 1, 1; Denys, II, 25.
(4) Denys, IV, 66; Liv., I, 58. Cf. Gide, *Étude sur la condition privée de la*

proches cognats doivent être appelés au conseil (1). Convoqués spécialement par le chef de famille, les parents et amis siègent à ses côtés et font, sous sa présidence, une enquête sur les faits incriminés (2). Après avoir entendu l'accusé, ils émettent chacun leur avis (3); ils font entendre au père de famille la voix de la raison pour modérer sa colère ou pour l'empêcher de commettre un acte de faiblesse. Le père prononce la sentence. En cas de condamnation, il constate la faute commise et, dans certains cas, motive son jugement; puis il procède à l'exécution de la sentence (4). Cicéron fait ressortir la différence qui sépare les tribunaux domestiques des tribunaux publics : devant les tribunaux publics, on ne peut que nier le crime, l'intention coupable, dire que les témoins sont faux, que le crime est supposé; devant le tribunal domestique, on plaide les circonstances atténuantes, on cherche à excuser les coupables (5).

Les peines que peut infliger le chef de famille aux personnes libres soumises à son pouvoir sont :

1° La peine de mort (6);

2° La vente à titre d'esclave. Cicéron (7) atteste que le père pouvait vendre son fils, et que cette vente faisait perdre à l'enfant le droit de cité et en même temps détruisait la puissance paternelle. Depuis les Douze Tables, la vente devait avoir lieu à l'étranger (*trans Tiberim*), comme pour le débiteur attribué à son créancier (*addictus*), car Cicéron dit que le fils ne pouvait invoquer le *postliminium*. Elle constituait une peine prononcée par le père en qualité de magistrat de la famille; on la rapproche toujours du pouvoir de vie et de mort qui appartient au père sur ses enfants (8);

3° La flagellation (9);

4° L'emprisonnement ou les travaux forcés;

5° L'exclusion de la famille, qui porte le nom de répudiation, s'il s'agit d'une femme mariée; d'*abdicatio*, s'il s'agit d'un fils de famille.

femme, 2e éd., 1885, p. 116; Voigt, II, 276; Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, 1886, p. 76.

(1) Denys, II, 25.

(2) Phèdre, III, 10, 47; Sen., De clem., I, 15.

(3) Ter., Hec., II, 2, 11; Val. Max., V, 9, 1.

(4) Val. Max., V, 8, 3; Denys, VIII, 79.

(5) *Ignoscite, judices, erravit, lapsus est, non putavit, si umquam posthac.* Ad parentem sic agi solet; ad judices : *Non fecit, non cogitavit; falsi testes, fictum crimen.* Cic., P. Ligar., 10.

(6) Il y en a plusieurs exemples : Val. Max., V, 8, 5; 9, 1; VI, 1, 5; 3, 10; Suet., Aug., 65; Plut., Publ., 67; Flor., I, 3, 5. Dio Cass., XXXVII, 36.

(7) Cic., P. Cæc., 34; de Or., I, 40.

(8) Simplic. ap. Epict., Ench., c. 17; C. Th., IV, 8, 6 pr. Cf. Voigt, II, 266.

(9) Denys, II, 26.

Des lois royales permirent au père de famille de faire prononcer la peine de l'*exsecratio* contre l'enfant qui avait frappé l'un de ses parents (1). L'*exsecratio* résultait de la déclaration solennelle faite par le grand pontife, à la requête du chef de famille. Le coupable était déclaré *sacer* et voué à la divinité qu'il avait outragée, c'est-à-dire aux mânes des ancêtres (2).

Les devoirs que la coutume impose au père de famille n'ont en général d'autre sanction que le blâme du censeur. Dans certains cas cependant où l'intérêt public était en jeu, il existe une sanction légale; le devoir s'est changé en une obligation. Une loi, attribuée à Romulus, oblige le père de famille à élever tous ses enfants mâles et l'aînée de ses filles. Elle lui défend de tuer aucun enfant avant l'âge de trois ans, à moins qu'il ne soit monstrueux ou difforme, et que le fait n'ait été constaté par cinq personnes du voisinage (3). Cette loi fut inspirée par une raison politique bien plus peut-être que par une raison d'humanité : l'État était intéressé à avoir le plus possible de citoyens, pour imposer aux peuples voisins son autorité par la force des armes. L'exception relative aux enfants monstrueux était motivée par des raisons d'ordre religieux. En cas de contravention, la peine encourue consistait dans la confiscation de la moitié des biens au profit du trésor, ce qui prouve qu'elle avait été édictée dans un intérêt public. Indépendamment de cette peine, il y en avait d'autres dont Denys ne fait pas connaître la nature, mais qui étaient sans doute des peines sacrées, destinées à apaiser les dieux protecteurs de la vie humaine.

La loi des Douze Tables défend au père, d'une manière générale, de tuer ses enfants en bas âge (4), mais elle l'autorise à faire disparaître les enfants monstrueux (5). On ignore la peine édictée par les décemvirs, lorsque l'infanticide a pour auteur le père de

(1) Festus, v° *Plorare :* Si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto.

(2) *C. I. L.*, X, 4255.

(3) Denys, II, 15.

(4) Tertull., Adv. nat., I, 15 : « Vos quoque infanticidæ qui infantes editos enecantes, legibus quidem prohibemini. » Les *leges*, dont parle Tertullien, sont sans aucun doute les Douze Tables : les Romains disent volontiers « les lois » pour désigner l'œuvre des décemvirs. (Cat., R. r., pr., 1; Varr., L. l., VI, 7, 10; Cic., De Rep., III, 33. Cf. Voigt, I, 73; II, 797.) C'est une tout autre question de savoir si l'on a, à toute époque, tenu la main à l'exécution de la loi. Tertullien affirme que, de son temps, au troisième siècle de notre ère, il n'y avait pas de loi qui fût plus impunément éludée. C'est là ce qui explique comment les conciles durent, à plusieurs reprises, intervenir pour condamner ce crime, déjà réprouvé par des lois que les magistrats étaient impuissants à faire observer.

(5) Cic., De leg., III, 8 : Cito ablegatus tanquam ex XII Tabulis insignis ad deformitatem puer. » Sur le sens de *ablegare*, voy. Sen., De ira, I, 15; Sen., Controv., X, 4, 16. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 205; Voigt, I, 253; II, 300.

famille. Commis par un étranger, il devait être traité comme un meurtre (1). Quant à l'exposition des enfants, les Douze Tables n'ont pas dû reproduire la prohibition des lois royales, car l'usage d'exposer les enfants existait sous la République (2).

La loi intervint également d'assez bonne heure pour restreindre le pouvoir du père considéré comme magistrat domestique. Elle lui enleva dans certains cas le droit de juger son fils : 1° Lorsque le fils s'était rendu coupable du crime de haute trahison, en exerçant des actes de violence contre un tribun de la plèbe, la loi sacrée de l'an 260 autorisait les tribuns à le citer, comme tout autre citoyen, devant les comices par tribus, et à le faire condamner à une peine arbitraire. Pour un crime réputé aussi grave, les droits du père s'effaçaient devant ceux de l'État. C'est ainsi qu'en 293 Kæso Quintius Cincinnatus fut accusé par le tribun Aul. Virginius, et n'échappa à une condamnation que par un exil volontaire (3).

2° Lorsque le fils a commis un vol manifeste, il n'est pas permis à son père d'offrir une indemnité à la victime du délit; il ne peut pas non plus faire purement et simplement l'abandon noxal de son fils. Il est tenu de le livrer aux magistrats pour être battu de verges, après quoi le coupable est attribué (*addictus*) à la victime du délit (4). La loi des Douze Tables excluait ainsi, en cas de vol manifeste, la faculté de composition ; elle substituait à la vengeance privée la vengeance publique, et en confiait l'exercice aux magistrats.

Si le pouvoir du père de famille sur ses enfants était à certains égards limité, il était renforcé dans le cas où un enfant osait frapper un de ses parents (5). L'enfant qui manquait à ce point aux devoirs de la piété filiale encourait un double châtiment : celui que le chef de sa famille pouvait lui infliger après l'avoir fait comparaître devant le tribunal domestique, puis une peine religieuse qui consistait à le vouer aux dieux de la maison. Cette peine s'appliquait même au cas où l'enfant avait frappé sa

(1) *Parricidium*. Ce mot, d'après son étymologie (*patri-cidium*), désigne le meurtre d'un *pater*, c'est-à-dire d'un patricien. On lui donna la signification générale de meurtre (*homicidium*), lorsqu'on eut étendu la protection de la loi à tout citoyen. D'après PLUTARQUE (Rom., 22), il en aurait été ainsi dès le temps de Romulus. FESTUS, v° *Parricidii*, attribue cette règle à Numa. VOIGT, II, 795, prétend que *parricidium* vient de *päris cædes*. Voy. en sens contraire BRÉAL et BAILLY, *Dict. étym.*, 29; CARLE, *Le origini*, 337.

(2) FESTUS : *Lactaria* columna in foro olitorio dicta, quod ibi infantes lacte alendos deferebant.

(3) LIV., III, 13; DENYS, X, 8; VAL. MAX., IV, 4, 7.

(4) GELL., XI, 18; GAIUS, III, 189; PLAUT., As., III, 2, 23, 17; Amph., I, 1, 7.

(5) FESTUS, v° *Plorare*. Cf. PLAUT., Pseud., I, 3, 133.

mère. Il y a là une disposition fort remarquable chez un peuple où l'autorité était concentrée entre les mains du père. La religion entendait assurer le respect dû par les enfants à leurs ascendants quels qu'ils fussent, à la mère aussi bien qu'au père de famille.

§ 2. — *La mère de famille.*

Dans l'organisation patriarcale de la famille, la femme occupe une situation subalterne et assez effacée. Elle est toute sa vie soumise à l'autorité du chef de sa famille ou de la famille de son mari, ou à l'autorité d'un tuteur. Dans un cas cependant, la situation de la femme grandissait et devenait à certains égards presque égale à celle de son mari : lorsqu'elle était la femme du chef de la famille (*materfamilias*) (1). C'est là un des traits propres à la famille patriarcale; on le retrouve aujourd'hui encore chez une peuplade du Caucase, les Ossètes. « L'autorité, dit M. Dareste, appartient à un ancien, et les femmes en particulier sont soumises à une d'entre elles (2). » C'est aussi la mère de famille qui offrait les sacrifices aux dieux lares et qui dirigeait l'éducation des enfants (3). Elle secondait son mari dans l'administration de la maison et s'occupait particulièrement des travaux intérieurs. Comme signe de son pouvoir, elle recevait de son mari les clefs de sa demeure, à l'exception de la clef du cellier (4). A la mort du chef de la famille, sa veuve restait ordinairement dans la maison, qui, désormais, appartenait à son fils; elle veillait à l'éducation de ses petits-enfants (5).

Ce n'est pas seulement la femme du chef qui fait partie de la famille : il en est de même des femmes des fils et des petits-fils issus des fils. La femme est toujours dans la famille de son mari; c'est la conséquence des cérémonies religieuses qui accompagnent le mariage et qui ont pour effet de l'associer au culte domestique (6). Il n'est pas nécessaire que la femme soit

(1) P. Diac. : « *Materfamiliæ* non ante dicebatur, quam vir ejus paterfamiliæ dictus esset; nec possunt hoc nomine plures in una familia præter unam appellari. » Le mot *materfamilias* a perdu de bonne heure sa valeur technique. Dans les textes de la fin de la République et de l'empire, il est employé dans les sens les plus divers. Voy. Labbé, *Du mariage romain et de la* manus. (*Nouv. Rev. hist.*, 1887, p. 14.)

(2) *Etudes d'histoire du droit*, p. 135.

(3) Macrob., Sat. I, 15, 22; Tac., Dial., 28.

(4) Pol., VI, 2. Cf. Cic., Phil., II, 28.

(5) Tac., *loc. cit.*

(6) Accarias, I, 192, fait très justement observer que la participation au culte du mari ne suppose point la *manus;* pourtant il n'admet pas que la femme entre dans la famille du mari en dehors de la *manus*. N'y a-t-il pas là une contradiction? Acca-

in manu pour qu'elle soit de la famille de son mari et qu'elle puisse devenir *materfamilias*. Bien différente est la question de savoir si elle fait partie de la maison de son mari, si elle est soumise à son droit de maître ; il faut pour cela l'accomplissement de certaines solennités, ou plus simplement une cohabitation non interrompue pendant un an.

La femme, qui entre dans la famille de son mari par la volonté du chef de cette famille, peut en être exclue, même contre le gré de son mari, par un acte de cette volonté, par une répudiation.

En entrant dans la famille de son mari, la femme est, comme son mari lui-même, soumise au pouvoir du chef de la famille. Le mari n'a, en cette qualité, aucun pouvoir sur sa femme : la puissance maritale n'existe pas à Rome; les Romains n'en ont pas eu l'idée. Lors même que le mari se trouve être le chef de la famille, sa femme lui doit obéissance, non parce qu'il est son mari, mais parce qu'il est chef de la famille. Les rapports entre époux n'ont pas été conçus par l'ancien droit romain comme des rapports particuliers. La puissance maritale a été absorbée par la puissance du chef de la famille. De même que la paternité ne confère au père aucun pouvoir sur ses enfants, ainsi le mariage ne confère aucun pouvoir au mari. La femme et ses enfants sont soumis à un pouvoir unique, celui du chef de la famille. C'est l'organisation spéciale de la famille romaine qui l'a voulu ainsi; mais la pratique a su atténuer ce qu'il y avait d'imparfait dans cette conception uniforme de rapports très distincts.

§ 3. — *Le fils de famille.*

I. — Les enfants et petits-enfants ne font pas de plein droit partie de la famille de leur père, encore qu'ils soient nés en légitime mariage. Il faut de plus qu'ils soient accueillis dans sa maison et associés à son culte. Il y a là deux conditions distinctes, produisant chacune un effet particulier.

Aussitôt après sa naissance, l'enfant était déposé aux pieds du maître de la maison. Si le maître le prenait dans ses bras (*liberum tollere, suscipere*) (1), il manifestait par là sa volonté de considérer

rias paraît l'avoir senti, car il émet l'avis que la femme serait associée en fait, et non en droit, au culte privé de son mari. Cette distinction du fait et du droit nous paraît ici difficile à admettre. Les cérémonies religieuses qui consacraient l'association de la femme au culte du mari étaient, sauf le cas de *confarreatio*, identiques, que le mariage eût lieu avec ou sans *manus*.

(1) Donat. in Ter., And., III, 1, 6; Plaut., Amph., I, 3, 3; Juv., IX, 84; Virg., Æn., IX, 203.

l'enfant comme étant de la maison. S'il le laissait à terre, c'est qu'il le désavouait et entendait le traiter comme un étranger (*liberum repudiare, negare*) (1). L'appréhension de l'enfant par le maître de maison lui en faisait acquérir la propriété.

Pour faire entrer l'enfant dans la famille, il fallait, suivant l'usage, l'associer au culte domestique : tel était l'objet de la *lustratio*. On offrait un sacrifice aux dieux de la famille (2), et l'on donnait un nom à l'enfant le huitième jour après la naissance pour les filles, le neuvième pour les garçons (3). Dès ce moment le chef de la famille devenait le protecteur (*pater*) de l'enfant, et acquérait sur lui le pouvoir du magistrat domestique.

L'enfant posthume, c'est-à-dire qui naît après la mort de son père, peut être admis dans la maison et dans la famille à deux conditions : que le chef de la famille, par exemple son grand-père, soit encore vivant; que le posthume soit né moins de dix mois après la mort du mari de sa mère (4). Si l'enfant posthume a pour père le chef de la famille, comme il n'y a personne qui puisse le recevoir dans la maison et dans la famille, il ne pourra acquérir la qualité d'héritier sien. C'est ainsi que l'enfant posthume de Démarate ne put recueillir aucune part de la fortune de son père; elle revint tout entière à son frère aîné (5). Cette conséquence fut de bonne heure écartée par les interprètes des Douze Tables (6). On admit que l'enfant simplement conçu au décès de son père jouirait néanmoins, au cas où il naîtrait vivant, des avantages attachés à la qualité d'héritier sien (7). Cette règle fut vraisemblablement introduite à l'époque où l'on prit des mesures pour empêcher l'extinction des cultes domestiques; elle avait pour effet d'écarter les agnats (8).

Ce n'est pas la seule dérogation aux principes du droit admise en faveur des posthumes. Les prudents autorisèrent le chef de

(1) Pacuv. Teuc. ap. Non., 306, 32; Ulp., 34 ad Ed., D., XXV, 3, 1, 11. Une coutume analogue existait chez les Germains. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 3e éd., 1881, p. 455. Pour les Grecs, voy. Hermann, *Gr. Privatalterthümer*, § 11, 6.

(2) Tertull., De idol., 16.

(3) Macrob., Sat., I, 16, 36.

(4) Gell., III, 16. Ce posthume, qui naît sous la puissance de son grand-père, est appelé *opiter* (pour *avi piter*). Auct. De nom., 12; Plac., Gloss., 73, 12; Festus, h. v°. Cf. Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 251.

(5) Denys, III, 50.

(6) *Antiqui*, dit Paul., loc. infra cit. Ulpien, 14 ad. Sab., D., XXXVIII, 16, 3, 9, n'est pas en contradiction : il ne dit pas *lex XII admittit*, mais *ex lege XII admittit*, on a admis en se fondant sur les Douze Tables, donc par interprétation.

(7) Ulpien, XXII, 15; Gaius, III, 4. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 196.

(8) Paul., 17 ad Plaut., D., V, 4, 3 pr. : Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent, sicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit.

famille à instituer héritier son enfant posthume, bien que cet enfant fût radicalement incapable d'être sujet d'un droit, tant qu'il n'était pas né (1).

S'il dépend d'un chef de famille d'accueillir comme membres de la famille les enfants issus de son mariage ou du mariage de ses fils, il dépend également de lui de les garder ou de les exclure. En principe, l'enfant reste dans la famille, soumis au pouvoir du chef, jusqu'à la mort de son père. Les Romains n'admettent pas que l'enfant échappe, à partir d'un certain âge, à la puissance paternelle. Tant que vit son père, l'enfant n'est jamais majeur.

II. — L'enfant peut être exclu de la famille soit par un acte de la volonté du chef, soit sans son assentiment.

1° Par un acte de la volonté du chef :

a) C'est d'abord l'*abdicatio* (2). L'enfant est chassé de la famille à titre de peine, soit lorsqu'il a commis un crime, soit pour cause de désobéissance ou d'insoumission (3). L'*abdicatio* ne produit par elle-même aucun effet juridique : le père conserve sur l'enfant son droit de maître, de même que l'enfant garde sa qualité d'héritier sien. C'était là un résultat choquant. Nous verrons plus tard comment la loi et la jurisprudence l'ont fait disparaître.

b) L'enfant sort également de la famille, d'après les Douze Tables, lorsque son père l'a mancipé pour la troisième fois. Jusque-là il continue à faire partie de la famille, sinon de la maison de son père. Gaius dit en effet que l'enfant conçu pendant que son père est *in mancipio* pour la première ou la deuxième fois, est sous la puissance de son grand-père (4).

(1) Gaius, I, 147.

(2) Non. Marc., 450, 22 : Abdicare... de patris facto potest dici quod est familia abjicere. Cf. Val. Max., V, 8, 3, qui rapporte la formule du jugement prononcé par Manlius Torquatus contre son fils en 612 : Cum Silanus filium meum pecunias a sociis accepisse mihi probatum est, et republica eum et domo mea indignum judico, protinusque a conspectu meo abire jubeo.

(3) Quintil., VII, 4, 27. On sait peu de chose sur l'*abdicatio*. Les indications contenues dans les « Déclamations » de Quintilien et dans les « Controverses » de Sénèque le rhéteur sont sujettes à caution. Il arrive plus d'une fois à l'un ou à l'autre de substituer aux noms techniques des actes juridiques des dénominations étrangères, dont l'usage avait été répandu dans les écoles par les rhéteurs grecs. Précisément Quintilien nous avertit (VII, 4, 17) que, dans les exercices de rhétorique, on appelait *abdicatio* l'exhérédation. Cf. Dirksen, *über die, durch griechische und lateinische Rhetoren angewendete, Methode der Auswahl und Benutzung von Beispielen römisch-rechtlichen Inhalts* (Hinterl. Schr., p. 259). Glueck, II, 418; Meier et Schömann, *Der Attische Prozess*, 2e éd., 1883-1887, p. 432. Schulin, *Lehrbuch*, 184, conjecture que l'*abdicatio* est identique avec la *sacrorum alienatio* et devait avoir lieu dans les comices calates. Il ne faut pas confondre l'*abdicatio* avec l'ἀποκήρυξις qui était, à Athènes, un mode d'extinction de la puissance paternelle. Platon, *Lois*, IX, 9; Herod., I, 59; C. J., VIII, 47, 6. Cf. Telfy, *Corp. jur. Attici*, p. 343; Dareste, *La loi de Gortyne*, 60.

(4) Gaius, I, 135.

c) L'enfant sort encore de la famille lorsque son père le vend comme esclave à l'étranger.

2° Il y a deux cas où l'enfant sort de la famille autrement que par la volonté de son père : lorsque le grand pontife se saisit de lui pour en faire un flamine de Jupiter ou une vestale (1). Le caractère et les effets de cet acte ont été souvent méconnus. On a dit que le grand pontife acquérait l'enfant par mancipation. Mais la mancipation suppose un accord de volontés entre l'acquéreur et l'aliénateur. Ici, au contraire, l'enfant est enlevé à son père par la force, comme un soldat fait prisonnier à la guerre (2). Les effets de la prise de corps effectuée par le grand pontife ressemblent par un côté à ceux de la captivité : le flamine de Jupiter et la vestale cessent d'être soumis au pouvoir de leur père. A un autre point de vue, ils en diffèrent : le grand pontife acquiert sur eux un pouvoir qui a pour fondement l'acte de force dont ils ont été victimes, mais ce pouvoir est celui d'un père et non d'un maître. Le flamine de Jupiter et la vestale restent dans la maison de leur père, qui a toujours sur eux son droit de propriété ; ce droit est seulement paralysé tant que l'enfant reste consacré aux dieux, jusqu'à l'exauguration. Le père ne pouvait songer à entrer en lutte avec le grand pontife ; son action en revendication eût infailliblement échoué : un intérêt privé ne pouvait prévaloir sur l'intérêt public.

Le flamine de Jupiter et la vestale continuaient donc à faire partie de la maison de leur père ; ils restaient inscrits à côté de lui sur les registres du cens. Aussi sortent-ils de la famille sans *capitis deminutio* (3). Il n'y a *capitis deminutio* que si le *caput* est perdu pour une cause fondée sur le droit privé (*jus*), et non sur le droit sacré (*fas*) ou sur le droit pérégrin. Le citoyen captif, qui à l'étranger est considéré comme esclave, ne subit aucune *capitis deminutio*, d'après la loi romaine. Il en est de même de la vestale et du flamine de Jupiter. Mais s'ils restent dans la maison de leur père, si les liens d'agnation subsistent, pourquoi la vestale ne peut-elle hériter *ab* intestat, ni transmettre ses biens à ses agnats (4)? Il est vraisemblable que le droit sacré avait établi à cet égard une prohibition analogue à celle que la loi avait édictée contre l'*abdicatus*. La vestale ne contribuait plus par son travail à accroître le patrimoine paternel ; il n'eût pas

(1) *Capere flaminem* (Liv., XXVII, 8), *Virginem Vestalem* (Gell., I, 12). Pernice, *Labeo*, I, 180 ; Voigt, II, 315.

(2) Gell., I, 12 : capi autem virgo propterea dici videtur quia pontificis M. manu prensa ab eo parente, in cujus potestate est veluti bello capta abducitur.

(3) Gell., I, 12 ; Gaius, III, 114.

(4) Lab. ap. Gell., I, 12. Les textes manquent pour le flamine de Jupiter.

été juste de lui en donner une part. Réciproquement, ses agnats ne pouvaient invoquer un droit de retour sur des biens acquis dans l'exercice des fonctions sacerdotales : ce droit aurait ici manqué de base ; on n'hésita pas à exclure les agnats.

Ce n'est pas la seule anomalie qu'on ait à relever dans la condition juridique des vestales. Elles font partie de la famille religieuse du grand pontife. Il remplit à leur égard les devoirs d'un père de famille, c'est-à-dire d'un protecteur ; il en a aussi le pouvoir. C'est pour cela qu'elles ne sont pas en tutelle, pas plus que les filles de famille (1). C'est aussi pour cela que le grand pontife a sur elles le pouvoir d'un magistrat domestique. Il les punit lorsqu'elles laissent éteindre le feu sacré. Il les juge avec l'assistance des membres du collège, lorsqu'elles violent le vœu de chasteté (2). Les pontifes jouent ici le rôle de conseil, comme les agnats dans le tribunal domestique.

La situation du flamine de Jupiter était analogue à celle des vestales vis-à-vis du grand pontife. La prise de corps dont il était l'objet avait pour effet de le soumettre au pouvoir du grand pontife. Tite-Live rapporte qu'en 545, le grand pontife força un flamine de Jupiter, C. Valerius Flaccus, à se laisser inaugurer (3).

Mais si les vestales sont, à l'égard du grand pontife, considérées comme des filles de famille, pourquoi leur reconnaît-on la capacité d'avoir un patrimoine, le droit de disposer de leurs biens par testament ? N'y a-t-il pas contradiction ? Voici, croyons-nous, comment on peut expliquer cette anomalie : l'incapacité d'avoir un patrimoine et, d'une manière plus générale, d'être le sujet d'un droit, est, pour le fils de famille, la conséquence de ce qu'il fait partie d'un groupe que l'État ne connaît que par son chef. Les vestales, au contraire, ont une individualité propre au point de vue du culte ; elles ont une existence reconnue par l'État, qui ne peut se passer d'elles pour l'entretien du feu sacré. Il n'est pas étonnant qu'elles soient autorisées à placer leurs biens sous la garantie de l'État, et qu'elles puissent en disposer avec son autorisation. A défaut de testament, le patrimoine de la vestale qui mourait dans l'exercice de ses fonctions retournait à l'État (4). Si la vestale obtenait d'être relevée de ses fonctions (*exaugurata*) au bout de trente ans (5), aussitôt

(1) Gaius, I, 145.
(2) Liv., XXVIII, 11 ; IV, 44 ; VIII, 15 ; Denys, II, 67 ; Cic., De harusp. resp., 7, 13. Bouché-Leclercq, *Les pontifes*, 297.
(3) Liv., XXVII, 8.
(4) Lab. ap. Gell., I, 12 : bona ejus in publicum redigi aiunt. Id, quo jure fiat, quæritur.
(5) Gell., VI, 7.

son père recouvrait sur elle son droit de propriété par une sorte de *postliminium*.

§ 4. — *L'esclave*.

C'est une opinion aujourd'hui encore très répandue que la situation de l'esclave, chez les Romains, était misérable. La loi aurait donné au maître le droit de le tuer impunément et suivant son caprice. Ce serait seulement sous l'empire que des sentiments plus humains se seraient fait jour dans la législation, et qu'on aurait limité le pouvoir arbitraire qui jusqu'alors aurait appartenu au maître. Rien n'est moins exact que cette manière de voir.

Aux premiers siècles de Rome, la condition de l'esclave était semblable à celle des autres membres de la famille. Si, à la fin de la République, on la dépeint sous les couleurs les plus noires, s'il y a des exemples d'actes de cruauté commis par certains chefs de famille sur leurs esclaves, il ne faut pas en rendre responsable la barbarie de la loi. Ces excès sont devenus possibles parce que, par respect pour l'autorité du père, la loi s'était abstenue de réglementer ses rapports avec les membres de la famille. Le chef qui abusait de son pouvoir en était puni par le censeur. Tant que les mœurs restèrent pures, cette sanction fut suffisante. Mais lorsque, aux derniers siècles de la République, la moralité publique s'affaiblit de plus en plus, la crainte d'un blâme du censeur n'eut plus d'action sur un trop grand nombre de citoyens. C'est alors que la loi intervint et posa des limites au pouvoir du père de famille.

Nous n'avons à étudier en ce moment que la condition de l'esclave aux premiers siècles de la République, et spécialement sa situation dans la famille. D'ordinaire, on se borne à envisager l'esclave comme un objet de propriété, et c'est de là que viennent les idées fausses que l'on s'est faites sur l'esclavage. On oublie que l'esclave est traité par les Romains comme un homme, soit au point de vue religieux, soit au point de vue social (1). Il sacrifiait aux dieux dans les carrefours. Les prêtres offraient des sacrifices à ses mânes, et le lieu où il était inhumé était considéré comme religieux (2).

L'esclave faisait partie de la famille ; il était compté au nombre

(1) Cf. Aristote, Polit., I, 4, 8, 14, 16 ; Leist, *Altarisches* jus gentium, 515.
(2) Cato, R. r., 5 ; Varr., L. l., VI, 3 ; Aristot., ap. Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 2 pr. Cf. Ihering, II, 167.

des *familiares* (1). Les jours de fête, il faisait une prière au lare de la famille, pour lui demander de répandre l'abondance dans la maison. Il en était de même chez les Grecs (2) : les dieux voulaient qu'il n'y eût rien d'impur dans la maison ; aussi l'esclave devait-il se purifier avec l'eau sacrée. Le chef de famille sacrifiait aux dieux pour son esclave, aussi bien que pour ses enfants. Parfois l'esclave remplaçait son maître dans l'exercice du culte (3).

Si l'union de deux esclaves de sexe différent ne constituait pas un véritable mariage, du moins ne refusait-on pas à la parenté qui en résultait le nom de *cognatio* (4), ni à la femme le titre d'*uxor*. Aulu-Gelle (5) prétend même qu'on pouvait adopter un esclave, c'est-à-dire faire de lui un fils de famille, un héritier du nom et des biens.

Bien des causes contribuaient à rendre affectueux les rapports qui existaient entre l'esclave et ses maîtres. La vie en commun était la principale (6). Partageant les travaux du père ou de la mère de famille, admis à leur table, l'esclave prenait leurs intérêts et contribuait, dans la mesure de ses forces, à la prospérité de la maison. De son côté, le chef de famille apprenait à apprécier et à ménager un serviteur fidèle, mieux que cela, un compagnon de travail. Les rapports qui se formaient entre maître et esclave étaient d'autant plus étroits que les esclaves étaient peu nombreux à Rome, dans les premiers siècles. On n'en trouvait que dans les familles riches, et, s'il fallait en croire Pline, il n'y en avait pas plus d'un de chaque sexe (7).

A titre de membre de la famille, l'esclave avait pour père, c'est-à-dire pour protecteur, le chef de la famille; il était, par là même, soumis à son pouvoir.

(1) Cat., ap. Plin., H. n., XXIX, 8; Plaute, Amph., I, 1, 203; Sen., Ep., XLVII, 14.

(2) Cato, R. r., 143; Eschyle, *Agam.*, 1035, κοινωνός χερνίβων. Cf. Leist, *altarisches* j. g., 409.

(3) Cat., R. r., 143, 83.

(4) Varr., R. r., I, 17; Cat., R. r., 143.

(5) Gell., V, 19.

(6) Plin., H. n., XXXIII, 1. Cf. Ihering, II, 171; Voigt, *J. N.*, IV, 5.

(7) Voy. cep. Mommsen, III, 201 (227). On l'appelait *por* ou *puer*, en faisant précéder ce mot du prénom de son maître. Par exemple, l'esclave de Marcus s'appelait *Marcipor*. Wallon, *Hist. de l'esclavage dans l'antiquité*, II, 14, 72, se fondant sur Denys, IX, 25, évalue le nombre des esclaves, en 278, à un huitième au plus, peut-être à un seizième seulement de la population libre. Un demi-siècle plus tard, en 336, Tite-Live (IV, 45) raconte qu'une conjuration d'esclaves fit courir à la cité un grand péril. En 398, alors que le trésor était vide, une loi proposée par le consul Manlius Capitolinus établit un impôt d'un vingtième sur la valeur des esclaves affranchis. (Liv., VII, 16.) Un siècle et demi plus tard, en 543, le produit de cet impôt, qui formait un fonds de réserve, permit au sénat de disposer de quatre mille livres d'or. (Liv., XXVII, 10.)

Comme protecteur de l'esclave, le chef de famille avait envers lui des devoirs de même nature qu'envers ses enfants (1). Il devait pourvoir à sa nourriture et à son entretien (2) ; il le faisait en général d'une manière assez large pour que l'esclave pût réaliser quelques économies (3). Il devait pareillement lui faire donner les soins nécessaires s'il tombait malade (4). S'il manquait à ses devoirs, il encourait le blâme du censeur.

Comme magistrat, le chef de famille ne devait faire usage de son pouvoir de vie et de mort que dans la mesure commandée par la justice. Sans doute son pouvoir ne paraît pas avoir été ici contenu par l'intervention d'un conseil ; l'usage n'imposait pas au chef cette obligation vis-à-vis de ses esclaves. Cependant Caton ne jugeait jamais un esclave, accusé d'un crime entraînant une peine capitale, sans prendre conseil des autres esclaves. Si le chef de famille abusait de son pouvoir pour maltraiter son esclave, le censeur lui demandait compte de sa conduite (5).

L'entrée de l'esclave dans la famille était-elle marquée par une cérémonie particulière, comme cela avait lieu pour la femme lors de son mariage, pour l'enfant lors de sa naissance ? Il en était ainsi à Athènes : on faisait approcher l'esclave du foyer, et on le purifiait avec de l'eau lustrale (6). On ignore s'il en était de même à Rome. En tout cas, l'entrée dans la famille était la conséquence de l'entrée de l'esclave dans la maison (7).

L'esclave sort de la famille lorsqu'il cesse de faire partie de la maison de son maître pour entrer dans une maison nouvelle par l'effet d'un acte emportant aliénation.

§ 5. — *Les clients.*

Les clients se rattachent à la famille, ou plus précisément

(1) Orelli, 2808 : *loco filii habitus*.

(2) Cat., R. r., 56, 57, indique la ration de pain et de vin à allouer aux esclaves affectés aux travaux des champs. Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 1, 15, 2.

(3) Ter., Phorm., 43.

(4) Caton faisait soigner ses esclaves malades par sa femme. Plut., Cat., II, 20.

(5) Denys, VII, 73; XX, 3; Plut., Coriol., 25.

(6) Demosth., in Stephan., I, 74; Aristoph., Plut., 768. Cf. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, c. x.

(7) S'il en était autrement pour le *nexus* et le *mancipatus*, c'est qu'ils n'entraient dans la maison que temporairement, et que l'on ne pouvait être dans la famille à titre temporaire. Sans doute on pouvait cesser de faire partie d'une famille ; mais comme c'était la conséquence d'une sorte de déchéance, on ne voulait pas prévoir cette éventualité : en principe, lorsqu'on entrait dans une famille, c'était pour toujours. Le *nexus* et le *mancipatus* continuaient d'ailleurs à faire partie de leur famille d'origine, et il était de règle qu'on ne pouvait appartenir à la fois à deux familles.

à la *gens* de leur patron. Vivants, ils portent le nom de la *gens* et participent à son culte gentilice (1). Morts, ils sont inhumés dans le tombeau des *gentiles*. La clientèle remonte à une époque où la *gens* avait encore conservé son unité.

Le patron est vis-à-vis de ses clients dans la situation d'un père à l'égard de ses enfants : il est leur protecteur. Par suite, il a les mêmes devoirs, et notamment il doit pourvoir à leur entretien. C'est là, selon toute vraisemblance, l'origine des concessions à titre précaire (2).

Les clients devaient obéir à leur patron, comme leur nom l'indique : *cluere* signifie écouter (3). Mais, à défaut de textes, on ne saurait affirmer que le patron ait eu sur ses clients le pouvoir de vie et de mort. Ce qui rend cependant vraisemblable cette nouvelle analogie avec la situation des autres membres de la famille, c'est que, même à une époque ultérieure, le patron avait ce pouvoir sur les affranchis, dont la situation ressemblait à celle des clients. Nous savons aussi que les tribunaux publics étaient incompétents pour connaître des différends entre patrons et clients (4).

Les devoirs du patron envers ses clients étaient sanctionnés par une peine religieuse, en vertu d'une disposition des lois royales, confirmée par les décemvirs (5). Si la loi ne s'est pas contentée ici du contrôle de la *gens*, c'est qu'elle a craint qu'il ne fût illusoire. L'assemblée des *gentiles* se composait de chefs de famille patriciens, qui étaient intéressés à se soutenir les uns les autres vis-à-vis de leurs clients.

Les clients faisaient-ils partie de la maison de leur patron? Le patron avait-il sur eux un droit garanti par l'État? Pouvait-il les manciper, les revendiquer, en faire abandon noxal? Il ne reste dans les textes aucune trace d'un droit de ce genre, et il est probable qu'il n'a jamais existé. On nous dit bien que le client devait venir en aide à son patron dans le besoin ; mais c'était pour lui un devoir plutôt qu'une obligation. Ce qui le prouve, c'est qu'on parle de dons, de présents faits au patron, et non de dettes acquittées par les clients.

(1) Lact., Div. inst., IV, 3; Denys, II, 10.
(2) Festus : *Patres* senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuerant tenuioribus ac si liberis propriis. Cf. Ihering, I, 241.
(3) Cf. Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 45; Mommsen, III, 55, 83 (60, 92).
(4) Denys, II, 10.
(5) Serv. in Æn., VI, 609 : Patronus si clienti fraudem fecerit (diti patri) sacer esto. Voy. cep. Voigt, *über die Clientel und Libertinität.* (Ber. der philol. hist. Cl. der Sächs. Ges. der Wiss., 1878), p. 173. A la différence de la loi royale, les Douze Tables exigent que la violation du devoir qui incombe au patron ait entraîné un préjudice (*fraus*) pour le client.

§ 6. — *Les affranchis.*

De même que les clients, les affranchis sont de la famille, mais non de la maison de leur patron. L'affranchissement, comme l'indique le mot latin qui sert à le désigner (*manumissio*), a pour effet de soustraire l'esclave à la *manus* de son maître.

Il est vrai que, dans quelques inscriptions antérieures au milieu du sixième siècle, on lit à côté des noms de l'affranchi le sigle *s(ervus)* ou le mot *por*, précédé du prénom de son patron (1). Faut-il en conclure que l'affranchi reste soumis au droit de propriété de son ancien maître? Cette conclusion est inadmissible, en présence du nom très significatif donné à l'acte d'affranchissement (*manu emittere*). Si, dans la pratique, on continuait à appeler *servus* ou *puer* l'affranchi qui, pendant trente ou quarante ans peut-être, avait été ainsi désigné, cela s'explique suffisamment par un effet de l'habitude. L'affranchissement ne le rendait pas assez indépendant de son patron pour rendre évidente l'inexactitude de cette dénomination (2).

Les affranchis étaient vis-à-vis de leur patron dans une situation analogue à celle des esclaves, sauf qu'ils n'étaient plus considérés comme sa propriété (3). Comme eux, ils faisaient partie de la famille (4); comme eux, ils étaient soumis à la juridiction du patron, qui conservait sur eux le pouvoir de vie et de mort. Il en était ainsi au temps de Jules César (5); mais le patron était corrélativement tenu envers l'affranchi de devoirs analogues à ceux qu'il avait envers ses clients.

Les droits de patronat ne s'éteignaient pas au décès du patron : ils étaient dévolus à ses héritiers siens du sexe masculin. Les femmes étaient exclues, ce qui donne à penser que l'on considérait les droits de patronat comme une charge plutôt que comme un droit pécuniaire. A cet égard, la succession aux droits de

(1) *C. I. L.* I, 1034; *Ephm. epigr.*, I, 20; IV, 246; *C. I. L.*, X, 8054, 8057, 8058.

(2) Mommsen, III, 428 (10²), pense que le mot *servus* a été pendant longtemps la qualification légale de l'affranchi : ce serait vers la fin du sixième siècle qu'on lui aurait donné le nom de *libertus*. A l'appui de cette assertion, il invoque un passage de Paul (Vat. fr., 307) où, d'après lui, le mot *servus* aurait le sens de *libertus*. Mais Paul affirme que c'est par voie d'interprétation qu'on a étendu aux affranchis (*liberti*) la règle posée par la loi pour les esclaves (*servi*). Nous verrons au surplus, en expliquant ce fragment de la loi Cincia, qu'on ne saurait l'entendre des affranchis sans méconnaître le but de la loi.

(3) Cic., Ad Quint. fr., I, 1 : Majores nostri... in libertis suis... non multo secus ac servis imperabant. Cf. Platon, Leg., XI, 2.

(4) Ulp., 38 ad Sab., D., XXVI, 4, 3, 3.

(5) Val. Max., VI, 1, 4; Suet., Cæs., 48.

patronat était régie autrement que la succession à l'hérédité du patron. Cette différence n'était pas la seule ; ces deux successions sont entièrement indépendantes l'une de l'autre. La succession aux droits de patronat ne passe jamais aux héritiers externes (1) : elle est réservée aux fils du patron, qui ne peut les en dépouiller même en les exhérédant. A défaut d'héritiers siens, ce sont les agnats ou les gentils qui en profitent.

Pourquoi le patron était-il privé de la faculté de disposer par testament de ses droits sur ses affranchis? Sans doute parce qu'aux yeux des Romains, les droits de patronat avaient un caractère plutôt politique et social que pécuniaire. Les affranchis contribuaient à la puissance et à l'éclat d'une famille, de même que les clients. Il ne pouvait dépendre de la volonté du chef de la famille d'en diminuer l'influence, en lui enlevant un de ses affranchis. Même les femmes affranchies ne pouvaient sortir de la *gens* par un mariage sans un décret des *gentiles* (2).

Les droits de patronat appartenaient à la famille ; le patron ne les exerçait que dans l'intérêt de la famille Il avait sans doute la faculté d'en priver la famille en faisant usage de son pouvoir de vie et de mort; mais ce n'était pas arbitrairement : c'était à titre de magistrat chargé de maintenir l'ordre dans la famille. Cette manière de concevoir les droits de patronat persista même sous l'Empire, alors que le patronat avait cessé d'être héréditaire et que les droits de patronat s'étaient transformés en un droit à la succession *ab* intestat de l'affranchi (3).

II

LE CHEF DE FAMILLE CONSIDÉRÉ COMME MAITRE.

§ 1er. — *Le maître de la maison.*

La maison comprend les personnes et les choses sur lesquelles le maître a un droit garanti par l'État (*dominium ex jure Quiritium*). On peut s'étonner de voir la femme et les enfants

(1) Gaius, III, 48.

(2) En cas d'affranchissement testamentaire, l'affranchi a pour patron le défunt (Ulp., 38 ad Sab., D., XXVI, 4, 3, 3), et non l'héritier institué. La question n'est pas sans intérêt : la succession aux droits de patronat étant indépendante de la succession aux biens du *de cujus*, le *libertus orcinus* aura pour patron effectif un héritier sien, un agnat ou un gentil du *de cujus*, même si l'héritier sien a été exhérédé, et qu'un tiers ait été institué héritier.

(3) Gaius, III, 48, 58, 64.

placés sur la même ligne que les animaux domestiques. Cette assimilation s'explique chez un peuple de cultivateurs. La femme et les enfants sont des instruments de travail, tout comme les animaux attachés à la culture. La puissance d'un maître de maison dépend du nombre de bras dont il dispose.

C'est à ce seul titre, comme instruments d'acquisition, que l'ancien droit s'est occupé des personnes qui font partie de la maison, et il s'en est occupé uniquement pour protéger le maître contre quiconque essayerait de se les approprier pour les faire travailler à son profit. Il n'a pas distingué le droit du maître sur les personnes de celui qu'il a sur les choses, parce que, dans les deux cas, le rapport de droit est de même nature : c'est la propriété (*dominium*). Les membres de la famille étaient considérés comme un objet de propriété, soit quant aux droits que le maître avait sur eux, soit quant à la sanction de ces droits. Pour caractériser la situation des personnes et des choses qui composent la maison vis-à-vis du maître, les Romains emploient un mot bien expressif : ils disent qu'elles sont « dans sa main » (*in manu*). La main, qui est dans l'homme l'organe de la force, symbolise à leurs yeux le droit du maître (1).

On voit combien le point de vue des Romains diffère du nôtre en ce qui touche les membres de la famille. Tandis que le droit moderne fixe la situation légale de la femme et des enfants, leurs droits et leurs devoirs vis-à-vis du chef de la famille, la loi romaine est restée longtemps étrangère à cette réglementation. Elle a respecté une organisation de la famille reposant sur des coutumes antérieures à la fondation de la cité. En se fédérant, les premiers habitants de Rome n'ont abdiqué aucune de leurs prérogatives. La mission de l'État s'est bornée à protéger le faible contre le fort, à prêter son appui à celui qui, empiétant sur le droit des autres, était une cause de trouble pour l'ordre social.

(1) Le mot *manus* désigne le droit du maître sur ses enfants (Liv., III, 45; XXXIV, 2; Plin., Ep., VIII, 18 ; Inst., I, 12, 6), sur sa femme (Liv., XXXIX, 18), sur ses esclaves (Plaut., Curc., IV, 2, 10 ; Ulp., 1 Inst., D., I, 1, 4), sur ses biens (Plaut., Merc., II, 3, 117). Cette acception très large du mot *manus* se retrouve dans le mot mancipation, qui exprime l'acquisition du droit de maître sur les personnes et les choses composant la *familia ;* dans le mot émancipation, qui indiquait primitivement un acte d'aliénation; enfin dans les mots *mancipium* et *manumissio.* A mesure que les Romains ont eu une conception plus nette des différences qui séparent les droits du maître sur les personnes et sur les choses, ils ont distingué chacun de ces droits par des dénominations particulières. Le mot *manus* a été réservé pour désigner le droit du mari ou du père du mari sur la femme, lorsqu'il y avait *usus, confarreatio* ou *coemtio.* Cf. Rossbach, *Die römische Ehe.* 10; Ihering, II, 157 ; Kuntze, II, 62; Voigt, II, 83; Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain* (Nouv. Rev. histor., 1889, p. 4).

Les droits du maître sur les personnes de sa maison étaient analogues à ceux qu'il avait sur les bêtes de trait ou de somme. Il pouvait les faire travailler à son profit, ou mettre leurs services à la disposition d'un tiers. Lorsqu'il les mancipait à autrui, elles sortaient de la maison de l'aliénateur d'une manière définitive, s'il s'agissait d'une fille ou d'une femme *in manu;* si c'était un fils, il rentrait de plein droit dans la maison de son père lorsqu'il cessait d'être en service chez autrui ; mais après trois mancipations, le père perdait tout droit sur lui.

Comme conséquence de son droit de propriété, le maître était responsable des torts causés par les membres de sa maison, comme de ceux commis par ses bœufs ou ses mulets. Dans l'un et l'autre cas, il pouvait s'exonérer de toute indemnité par un abandon noxal. Le droit du maître sur les personnes de sa maison était de même nature, il était garanti de la même manière que son droit sur les animaux de labour (bœufs, chevaux, ânes ou mulets) : c'était la propriété quiritaire sanctionnée par la revendication (1).

§ 2. — *La femme* in manu.

I. — La femme mariée est toujours dans la famille de son mari; elle ne fait partie de sa maison que si elle est *in manu.* Par le seul fait du mariage, le chef de famille du mari acquiert sur elle le pouvoir de vie et de mort, mais il n'a un droit proprement dit que si elle tombe sous sa *manus*. La *manus* s'acquiert de trois manières, que nous étudierons en traitant du mariage (*usu*, *farreo*, *coemptione*).

Les textes s'accordent à présenter le mariage comme entraînant d'ordinaire la *manus* (2). Il en est de même des monuments épigraphiques. Dans trois inscriptions de Préneste (3), le rapport qui existe entre la femme et son mari est caractérisé de la même manière que celui qui existe entre l'esclave et son maître, par le génitif de propriété. La seule différence, c'est que le maître de l'esclave est désigné par son prénom, le maître de maison de la femme par son nom gentilice : *Quintipor,* c'est

(1) Gaius, I, 134; Pomp. ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 1, 2. Le maître pouvait également exercer l'action de vol contre celui qui retenait frauduleusement son fils ou sa femme *in manu.* Gaius, III, 199.

(2) Denys, II, 25.

(3) *C. I. L.*, XIV, 2863, 3115, 3252.

l'esclave de Quintus; *Curtia Rosci*, c'est la femme qui est sous la *manus* de Roscius.

La *manus* n'est pas la conséquence nécessaire du mariage (1). Dans un seul cas, à l'époque royale, elle naît au moment même où il se forme, dans le mariage célébré *farreo*. Partout ailleurs, la femme restait soumise au droit de propriété de son père. Le droit qu'il avait sur elle, en qualité de maître de maison, n'était pas éteint par le seul fait du consentement au mariage. Ce n'était pas un droit que l'on perdît par une simple manifestation de volonté. Dans la pratique, cependant, il fallait bien admettre que le père qui, après avoir permis à sa fille d'aller demeurer avec son mari, renonçait à faire acte de maître sur son enfant, était au bout d'un certain temps déchu de son droit. Mais il y avait là une situation indécise qui fut réglementée par les Douze Tables. Les décemvirs décidèrent qu'au bout d'un an la femme serait définitivement soumise au droit du maître de maison de son mari : la *manus* était acquise par l'usage (2).

L'*usus* nous apparaît ainsi comme le mode primitif et normal d'acquérir la *manus* (3). L'opinion commune y voit au contraire le mode le plus récent d'acquisition de la *manus* (4). Mais elle est en contradiction avec tous les textes qui énumèrent les modes d'acquérir la *manus* et qui invariablement placent en tête l'*usus* (5). On a prétendu que si, dans ces textes, l'*usus* est cité en première ligne, c'est qu'il a disparu le premier (6). Cette raison serait tout au plus acceptable pour le texte de Gaius; mais Cicéron ne pouvait prévoir que l'*usus* tomberait en désuétude.

II. — Le maître de maison a sur la femme *in manu* un droit analogue à celui qu'il a sur ses filles : la femme *in manu* est *filiæ loco* (7). Il peut la manciper, excepté dans le cas où la *manus* avait été acquise *farreo*. La mancipation de la femme *in manu* n'empêchait pas le mariage de subsister, mais la femme cessait de faire partie de la maison de son mari.

Pouvait-elle être l'objet d'un abandon noxal? Le texte de

(1) Labbé, *Du mariage romain et de la* manus (Nouv. Rev. histor., 1887, p. 7). Suivant Kohler (Z. f. vgl. Rw., 1885, t. VI, p. 321), le mariage avec et sans *manus* se retrouve chez tous les peuples : le mariage sans *manus* aurait été, dans l'origine, le mariage d'après le droit de la mère.

(2) Les anciennes lois danoises contenaient une règle analogue. Voy. Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, 309.

(3) Bernhöft, *Staat u. Recht der röm. Königszeit*, 187. Schulin, 212.

(4) Rossbach, *Die röm. Ehe*, 243; Voigt, II, 202.

(5) Gaius, I, 110; Servius, Ad Georg., I, 30; Cic., P. Flacc., 34.

(6) Rossbach, 63, n. 27; Karlowa, *Die Formen der röm. Ehe. und Manus*, 1868, p. 65; Marquardt, VII, 36.

(7) Gaius, I, 118.

Gaius (1), tel qu'il ressort de la recension de Studemund, ne permet pas d'en douter (2).

Si la femme *in manu* peut être mancipée réellement, elle ne peut être ni donnée en adoption, ni émancipée : la femme ne peut sortir de la maison de son mari que par une remancipation, sauf le cas où elle est mariée *farreo;* il faut alors recourir à une cérémonie particulière (*diffarreatio*).

§ 3. — *Les enfants.*

I. — Les enfants nés en légitime mariage n'entrent pas dans la maison de leur père par le seul fait de leur naissance. Ils ne deviennent pour lui un objet de propriété que par un acte distinct et postérieur. Cet acte, qui fait acquérir au maître de la maison du père le *dominium* sur l'enfant qui vient de naître, consiste à prendre dans ses bras l'enfant qu'on a déposé à ses pieds.

A défaut de cet acte d'appréhension, l'enfant demeure étranger à son père. Pourrait-il du moins entrer dans la maison de sa mère, au cas où elle serait mariée *sine manu?* La question revient à savoir si le maître de la mère devient maître de son enfant, comme le propriétaire de la chose principale devient propriétaire de l'accessoire. La réponse n'est pas douteuse : les Romains n'ont pas considéré l'enfant comme un fruit (3). Le propriétaire acquiert les fruits de sa chose par la séparation ; or nous venons de voir que la naissance de l'enfant n'en fait pas acquérir la propriété à son père ; à plus forte raison sera-t-elle insuffisante pour en faire acquérir la propriété au père de sa mère. Celui-ci ne peut acquérir de droit sur l'enfant, ni à titre de fils de famille, puisque la mère ne fait plus partie de sa famille, ni à titre d'esclave, car l'enfant né d'une mère libre est libre.

Les enfants répudiés par leur père, ceux dont le père est inconnu, ou bien les enfants nés hors mariage des relations de

(1) Gaius, IV, 80.

(2) Gaius commence par dire que les règles qu'il vient d'exposer d'après les Douze Tables, sur les actions noxales, s'appliquent à toutes les personnes en puissance. Il signale ensuite une règle spéciale aux obligations contractées par des personnes tombées ultérieurement *in manu* ou *in mancipio :* les créanciers sont autorisés à procéder à la vente des biens, mais c'est là une innovation du droit prétorien. Cf. Girard, *Les actions noxales*, 1888, p. 14. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme,* p. 120, a soutenu le contraire en s'appuyant sur une restitution conjecturale de ce passage, antérieure à la recension du manuscrit de Vérone par Studemund. Ihering, II, 183, avait réservé son jugement.

(3) Manilius et Q. Mucius soutenaient le contraire pour le part des femmes esclaves. (Cic., De fin., I, 4.) Brutus fit prévaloir l'opinion qui refusait de traiter l'enfant comme le croît d'un animal. (Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 68 pr.)

deux personnes de la même *gens*, naissent *sui juris*. Lorsqu'ils n'étaient pas exposés, ils étaient sans doute placés par leur mère sous la protection du chef de sa maison ou de son tuteur, à titre de clients. C'est pour cela qu'ils portent le nom gentilice de leur mère, bien qu'ils ne soient pas membres de sa *gens*. Ce nom est suivi de la qualification de *spurius* (1).

On peut également acquérir sur un enfant le droit d'un maître par une adoption. L'enfant entre en même temps dans la famille et dans la maison de l'adoptant.

II. — Le fils de famille cesse de faire partie de la maison paternelle, soit à titre temporaire lorsqu'il est mancipé à un tiers, soit à titre définitif lorsqu'il est mancipé trois fois ou émancipé. Après trois mancipations, le fils est définitivement étranger à la maison de son père. Cette règle résulte de la loi des Douze Tables (2).

Comment le père peut-il vendre trois fois son fils? Et s'il peut le vendre, pourquoi la première vente ne suffit-elle pas pour anéantir le droit qu'il a sur son enfant? Pour répondre à ces questions, il faut déterminer le sens du mot *venumdare* dans la disposition des Douze Tables. Il ne s'agit pas d'une vente impliquant la transmission de la propriété du fils : l'ancien droit autorisait le père à disposer ainsi de son fils, et Cicéron atteste que cette vente avait pour effet immédiat de détruire la puissance paternelle. Il ne s'agit pas non plus du cas où le père faisait abandon noxal de son fils. Dans ce cas, il est vrai, on comprendrait plusieurs ventes successives, en supposant que le fils, après avoir une première fois indemnisé par son travail la victime du délit et obtenu son affranchissement, eût commis un second délit. Mais Gaius (3) dit que la disposition des Douze Tables ne s'appliquait pas, d'après certains auteurs, à l'abandon noxal, tandis que tous les jurisconsultes s'accordaient à l'appliquer aux mancipations volontaires. Telle était donc, selon toute vraisemblance, l'hypothèse que les décemvirs avaient en vue.

La mancipation pouvait se renouveler trois fois. Il faut, pour expliquer cette règle, déterminer l'influence de la mancipation sur la situation du fils de famille. Libre d'après le droit public, le fils de famille mancipé ne l'était pas en droit privé. Cet état complexe devait se refléter dans la dénomination légale du fils mancipé : il devait s'appeler L. Æmilius, *Lucii filius, Publii servus*.

(1) Gaius, I, 64 : quasi sine patre filii. Cf. Mommsen, III, 64, 72 ; Mispoulet, *Du nom et de la condition de l'enfant naturel romain* (Nouv. Rev. histor., 1885, p. 15).

(2) Gaius, I, 132 : si pater filium (ter) venumduit (a) patre filius liber esto. D'après Denys, II, 27, cette règle remonterait à Romulus. Mais Denys a peut-être confondu le cas prévu par les décemvirs et le cas où le père vend son fils à titre de peine.

(3) Gaius, IV, 79.

Par suite, il devait être inscrit sur les listes du cens à côté de son père et non à côté de son maître, car restant ingénu et citoyen, il devait garder son nom gentilice et l'indication de sa filiation, et cependant il fallait indiquer sa relation avec son maître (1). Voilà pourquoi la puissance paternelle était suspendue et non détruite par la mancipation. Le fils mancipé restait L. Æmilius, *L. f.*, et dès qu'il cessait d'être *Publii servus*, il retombait sous la puissance de son père.

Cette explication suppose que le fils était mancipé pour un temps limité. N'est-ce pas contraire à la règle qui déclare nulle la mancipation faite *ad tempus?* Oui, si le terme était exprès. On est donc forcé d'admettre qu'il y avait un terme tacite, et ce terme n'est pas difficile à déterminer : c'était la fin de chaque lustre. Le père pouvait manciper son fils pour une période de cinq ans; il pouvait, sans perdre son droit de propriété, le manciper pour une seconde période de cinq ans. Mais s'il usait pour la troisième fois de sa prérogative, le fils était désormais étranger à la maison de son père, et à la fin du lustre il pouvait réclamer son affranchissement par le cens.

On voit maintenant quel but se proposait le père en mancipant son fils : il conférait à un tiers, moyennant un prix en argent, le droit de disposer des services de son fils pendant cinq ans (2). Il en était de même en cas d'abandon noxal : la victime du délit faisait travailler à son profit le *noxæ datus* pour s'indemniser du préjudice qu'elle avait subi. Mais ici sans doute il n'y avait pas de terme préfix pour la libération de l'enfant; celui-ci ne pouvait réclamer son affranchissement qu'après avoir indemnisé intégralement la victime du délit.

La mancipation d'un fils de famille était la forme primitive du louage de services pour les personnes libres en puissance d'autrui. Lorsque, dans la suite, on étendit à ces personnes l'application du louage, la mancipation volontaire tomba en désuétude (3). Aussi lorsqu'un père, poussé par une extrême misère, disposait de son fils, l'acte était traité, non comme une vente, mais comme un louage de services (4). La loi des Douze Tables ne voulut pas que le fils travaillât toute sa vie comme un esclave pour subvenir aux besoins de son père : après trois mancipations, c'est-à-dire au bout de quinze ans, au plus, il était

(1) Mommsen, *Festgabe für Beseler,* 1885, p. 259.
(2) Ihering, II, 179. Contra, Schmidt, *Das Hauskind* in mancipio, 1879, p. 15. Cf. Pernice, *Labeo,* I, 169.
(3) Gaius, I, 141.
(4) Paul, V, 1, 1.

libre. On peut conjecturer que le père avait recours à ce moyen extrême pour se procurer des ressources destinées à satisfaire ses créanciers. Les décemvirs permirent au fils de recouvrer son indépendance et d'échapper à la charge des dettes paternelles, après avoir travaillé quinze ans au profit de son créancier.

Au lieu de manciper son fils, le père pouvait le donner en gage. Au troisième siècle de notre ère, cet acte était interdit, et le créancier qui acceptait en connaissance de cause le fils de son débiteur à titre de gage, était puni de la déportation (1).

La loi des Douze Tables avait prévu le cas d'une mancipation du fils : elle ne s'était occupée ni de la fille, ni du petit-fils. Gaius déclare qu'une seule mancipation suffisait pour les faire sortir de la puissance paternelle (2). Si l'on n'a jamais appliqué à la fille et au petit-fils la règle des trois mancipations, c'est sans doute qu'il n'était pas d'usage de louer leurs services, comme cela se faisait pour le fils. On mancipait le petit-fils à titre d'abandon noxal ou pour le donner en adoption; les descendants du sexe féminin étaient mancipés dans les mêmes circonstances, ou à la suite d'un mariage. Le père qui aimait mieux abandonner son enfant que désintéresser la victime du délit, reconnaissait par là même que son fils ne pourrait guère arriver par son travail à l'indemniser; il renonçait à un droit qu'il ne pouvait plus exercer à son profit. Dans la mancipation à cause de mariage, le père renonçait à son droit de propriété sur sa fille en faveur de son gendre ou du maître de la maison de son gendre.

On s'est étonné que le chef de famille, qui a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, ne soit pas libre de les manciper à son gré : qui peut le plus peut le moins. Cette anomalie apparente s'explique par la distinction que nous avons établie entre le pouvoir du chef de famille considéré comme père et le droit qui lui est attribué comme maître. Le pouvoir de tuer n'a pas le même fondement que le droit de vendre : l'un résulte de coutumes antérieures à la fondation de la cité, l'autre est une concession de la loi.

La distinction entre le pouvoir du père et le droit du maître n'est pas contredite par les textes, qui présentent comme équivalentes les expressions *sui juris* et *suæ potestatis esse* (3). Cette distinction, très nette dans le principe, s'est peu à peu effacée. A mesure que l'État empiétait sur la puissance paternelle pour

(1) Paul, V, 2, 1.
(2) Gaius, I, 132, 135; IV, 79. C'est la règle que les Sabiniens appliquaient aux fils en cas d'abandon noxal.
(3) Gaius, II, 147.

restreindre notamment le pouvoir que le père tenait de la coutume, ce pouvoir sembla être une concession de la loi, l'exercice d'un droit reconnu par l'État.

2° Le fils de famille cesse également de faire partie de la maison lorsqu'il est émancipé.

Anciennement, l'émancipation se confondait avec la mancipation. Sous la République et encore au premier siècle de l'empire, émanciper signifie aliéner par mancipation. Ce mot s'emploie pour exprimer l'aliénation d'un fonds de terre aussi bien que l'acte nécessaire pour réaliser la *coemtio* d'une femme ou une adoption (1). Mais, de bonne heure, le mot émancipation reçut une acception plus étroite : il désigna un expédient servant à exclure un fils de famille de la maison de son père et à le rendre *sui juris*. L'*abdicatio* d'un fils de famille, pas plus que la répudiation d'une femme *in manu*, n'avait aucun effet juridique. Le fils continuait à faire partie de la maison de son père, comme la femme restait sous la *manus* de son mari. L'*abdicatus* aurait eu le droit de recueillir quand même l'hérédité de son père, s'il n'avait été exhérédé. Il y avait là une situation fausse : l'émancipation fournit un moyen commode d'y mettre fin pour le fils de famille, la remancipation pour la femme *in manu*.

L'émancipation contient une application détournée de la règle des Douze Tables qui déclare le fils étranger à la maison de son père après une triple mancipation, et du droit qui lui était reconnu d'obtenir son affranchissement par le cens lorsqu'il avait achevé son service. Les interprètes imaginèrent d'utiliser la triple mancipation suivie d'affranchissement, pour régulariser la situation de l'enfant que son père avait exclu de la famille. L'émancipation avait lieu de deux manières :

1° Le père mancipe trois fois son fils à un ami qui, en vertu d'un accord préalable, sous forme de pacte de fiducie (2), s'empresse de l'affranchir après chacune des deux premières mancipations. Après la troisième mancipation, l'enfant est libéré de la puissance paternelle; il passe sous le *mancipium* de l'acquéreur, qui, par un troisième affranchissement, lui donne la liberté. La mancipation n'a lieu ici que pour la forme ; elle n'a pas pour but, d'après l'intention des parties, de conférer au tiers acquéreur le droit d'utiliser les services du fils. Aussi ne donne-t-il rien en

(1) PLINE, Ep. X, 4; QUINT., VI, 3, 44. *C. I. L.*, VI, 1527, lin. 15. CIC., De fin., I, 7, 24.

(2) Arg. GAIUS, Ep., I, 6, 3, qui donne à l'acquéreur le nom de *pater fiduciarius* (GAIUS, I, 115, 166, 195 a.), et la qualité de tuteur fiduciaire, si l'émancipé est impubère. Cf. LIV., XLI, 8.

échange : la mancipation est faite pour un prix fictif (*nummo uno*).

2° Avant de manciper son fils, le père convient avec l'acquéreur, par un pacte de fiducie (1), que l'enfant lui sera remancipé après la troisième mancipation. Cette remancipation aura pour effet de placer sous le *mancipium* du père, à titre d'esclave, l'enfant qui a cessé d'être soumis à son droit de propriété en qualité de fils. Elle a pour but de mettre le père en mesure d'affranchir lui-même son fils, et de conserver sur lui les droits de patronat.

On voit la différence qui sépare les deux procédés : dans les deux cas, il y a un pacte de fiducie; mais, dans le premier, l'acte a simplement pour objet de forcer l'acquéreur à affranchir l'enfant; dans le second, de le remanciper à son père après l'avoir affranchi deux fois. Si les textes font mention, dans ce second cas, de la fiducie, tandis que dans le premier ils la supposent accomplie, c'est que le second procédé était sans doute le plus usité. Il est probable aussi que la clause de remancipation fut de bonne heure sanctionnée par l'action de fiducie, tandis que cette sanction était moins nécessaire dans la clause d'affranchissement : on avait ici la ressource de s'adresser au censeur pour obtenir la liberté de l'enfant.

Du jour où l'on admit cette application de la mancipation des fils de famille, le mot émancipation reçut une acception nouvelle. Il servit à désigner non plus seulement l'aliénation par mancipation, mais l'ensemble des actes nécessaires pour exclure un enfant de la maison paternelle et le rendre *sui juris*.

Cette émancipation d'un nouveau caractère fut imaginée postérieurement aux Douze Tables, puisqu'elle contient une application forcée d'une disposition introduite par cette loi. Le plus ancien exemple que l'on connaisse est de l'an 398. C. Licinius Stolo, qui possédait mille arpents de terre du domaine public, en donna la moitié à son fils, après l'avoir émancipé pour éluder la loi dont il était l'auteur et qui défendait de posséder plus de cinq cents arpents (2). Cet exemple prouve qu'à cette époque l'émancipation ne pouvait régulièrement servir qu'à consacrer une *abdicatio* prononcée par le père comme magistrat domestique : elle n'était pas encore admise dans l'intérêt des enfants.

L'émancipé, juridiquement exclu de la maison de son père, est déchu de tous les droits attachés au titre d'agnat. Il est également déchu des droits de gentilité : c'est la conséquence de la *capitis deminutio* qu'il a subie (3). Il cesse dès lors d'être patricien s'il

(1) Inst., III, 2, 8; 9, 4; Gaius, I, 172, 175.
(2) Il fut condamné de ce chef à une amende de dix mille as. Liv., VII, 16.
(3) Cic., Top., 6 : gentiles sunt inter se... qui capite non sunt deminuti.

appartenait à une *gens* patricienne ; il devient le client de celui qui l'a affranchi (1). L'émancipation était donc une mesure grave par ses conséquences, et il en fut ainsi tant que le patriciat conserva son organisation et son prestige.

§ 4. — *Les esclaves.*

I. — Aux premiers siècles de Rome, les deux principales sources de l'esclavage sont : la guerre et la naissance. Suivant un usage commun aux peuples italiques, l'État faisait vendre tout ou partie des prisonniers qui n'étaient pas mis à mort (2). La vente avait lieu, sous la République, par les soins du questeur. On procédait de deux manières : ou bien, comme dans toutes les ventes publiques, en étendant une pique sur l'objet vendu (*sub hasta*), ce qui était le signe de la propriété (3), ou bien (*sub corona*) en plaçant sur la tête du captif une couronne, symbole de la victoire remportée par le peuple romain (4).

La seconde source de l'esclavage, c'est la naissance de parents esclaves, ou tout au moins d'une mère esclave. On appelait l'enfant qui naissait à la maison, *verna*, c'est-à-dire printanier, sans doute parce que les Romains comptaient sur ce produit de leurs esclaves chaque printemps (5). La fécondité des femmes esclaves était une source de profits pour le maître, surtout lorsqu'il avait soin de confier à l'une d'elles le soin d'élever les enfants des autres (6); il était moins longtemps privé de leurs services. Élevés dans la maison à côté des enfants de leurs maîtres, les *vernæ* avaient parmi les esclaves une situation privilégiée. Ils en profitaient parfois pour prendre des libertés qu'on n'aurait pas tolérées chez les autres. D'ordinaire, c'étaient les hommes de confiance du maître.

Dans certains cas, un citoyen romain devenait esclave à titre de peine : 1° lorsqu'il ne s'était pas fait inscrire sur les registres du cens ; 2° lorsqu'il avait refusé le service militaire (7) ; 3° lorsqu'il avait été attribué par le magistrat à son créancier ou à la personne

(1) Mommsen, III, 61 (67).
(2) Plaut., Capt., prol., 34. Tullus Hostilius avait déjà beaucoup d'esclaves, et Tarquin l'Ancien fit vendre, entre autres, tous les habitants de Corniculum (Denys, III, 50). Cf. Wallon, *Hist. de l'esclavage*, II, 34.
(3) Liv., VI, 4; XXIII, 37; Denys, IV, 24; Festus, v° *Hastæ*.
(4) Gell., VII, 4, d'après Cælius Sabinus. Cf. Festus, v° *Sub corona*.
(5) Festus, v° *Vernæ*.
(6) Colum., I, 8, 19; Hor., Epod., II, 65; Plaut., Mil., III, 1, 698.
(7) Ulp., XI, 11; Cic., P. Cæc., 34.

au préjudice de laquelle il avait commis un vol manifeste (1); 4° lorsqu'il était livré par le *pater patratus* à un peuple étranger, en cas de violation d'un traité (2).

II. — L'esclave cesse de faire partie de la maison par une aliénation entre vifs, ou à cause de mort, ou par l'affranchissement. Il put être mancipé, mais non légué, tant que la liberté de léguer fut restreinte aux choses composant la fortune individuelle.

L'affranchissement peut avoir lieu soit entre vifs par la vindicte, soit à cause de mort par testament. Par l'affranchissement l'esclave cesse d'être en la propriété de son maître. En même temps il devient libre et citoyen romain. De ces trois effets de l'affranchissement, le premier seul dépend de la volonté du maître; il n'est pas en son pouvoir de lui donner ni la liberté ni la cité. Les qualités d'homme libre et de citoyen sont du ressort du droit public; la volonté d'un particulier n'y peut rien changer (3). Le chef de maison ne peut faire de son esclave un homme libre, pas plus qu'il ne peut faire de son fils un esclave sur le territoire de la cité. Aussi n'y a-t-il pas de forme directe d'affranchissement entre vifs.

1° Pour affranchir entre vifs, on a recours à une fiction : on soutient en justice que l'esclave est un homme libre. D'accord avec son maître, un citoyen (*adsertor libertatis*) affirmait, devant le magistrat, que l'esclave était injustement retenu en servitude : le maître ne contestait pas, ou reconnaissait le bien fondé de cette affirmation; le préteur donnait acte de cet aveu; désormais l'esclave passait pour un homme libre. Ce mode d'affranchissement consiste donc à simuler un procès. Le préteur faisait acte de juridiction gracieuse; aussi n'avait-il pas besoin d'être à son tribunal. On donnait à ce mode d'affranchir le nom de *vindicta,* parce que l'*adsertor* et le maître plaçaient, chacun à leur tour, sur la tête de l'esclave une baguette (*vindicta*) ou un brin de paille (*festuca*), comme dans les procès relatifs à la propriété (4).

2° Dans l'affranchissement testamentaire, la liberté était directement conférée à l'esclave. Il devenait libre dès l'instant où le testament produisait son effet. Si la volonté du maître avait ici une efficacité qui lui faisait défaut dans tout autre cas, c'est qu'elle était confirmée par les comices curiates. Ce qu'un simple particulier ne pouvait faire, le peuple réuni dans ses comices pouvait l'accomplir. Cependant, même ici, l'acquisition de la cité ne fut pas la

(1) Gell., XX, 1; Gaius, III, 189.
(2) Non., v° *Fetiale.* Liv., IX, 10; Cic., P. Cæc., 34; De orat., I, 40; II, 32.
(3) Mommsen, III, 58 (64).
(4) Gaius, IV, 16; Boèce in Top., 288.

conséquence de l'acquisition de la liberté, du moins tant qu'il fut nécessaire d'appartenir à une *gens* pour être membre de la cité.

3° Gaius indique un troisième mode d'affranchissement : par le cens (1). S'appliqua-t-il dès l'origine aux esclaves ? Il est permis d'en douter. L'affranchissement par le cens a dû vraisemblablement être employé, tout d'abord, pour rendre la liberté au fils de famille mancipé par son père à titre d'abandon noxal. C'était un droit pour le fils de se présenter devant le censeur, même contre la volonté de celui qui avait acquis sur lui le *mancipium*, et de faire constater sa libération sur les registres (2), lorsque par son travail il avait désintéressé la victime du délit. Dans ce cas, l'affranchissement résultait, non pas d'une inscription sur les registres du cens, l'enfant mancipé y figurant déjà à côté de son père, mais de la radiation de la mention *A*[i] *servus*, inscrite à la suite.

Ce qui donne à penser que ce mode d'affranchissement ne s'appliqua pas tout d'abord à d'autre hypothèse, c'est que Gaius ne parle que de l'affranchissement par la vindicte pour l'émancipation et pour la remancipation (3). Plus tard on étendit l'application de l'affranchissement par le cens. Comme tout citoyen devait se faire inscrire sur les registres, l'esclave affranchi par la vindicte devait, lui aussi, remplir cette formalité. Lorsque l'affranchissement avait lieu pendant les opérations du cens, on jugea inutile de recourir à la vindicte, et l'on admit que le maître pourrait *de plano* faire inscrire son esclave sur la liste des citoyens (4).

III. — L'État ne vendait pas tous les prisonniers de guerre. Il en conservait un certain nombre qui étaient affectés à des travaux d'utilité publique, ou au service des magistrats ou des prêtres de la cité. Il n'est pas aisé de déterminer avec précision la situation de ces esclaves, sur lesquels on n'a que des renseignements incomplets. Nous savons seulement que les devoirs de protection dont le chef de famille est tenu envers ses esclaves étaient ici remplis, quant à la nourriture et à l'entretien de l'esclave public, aux frais de l'État. Les documents que nous avons sont, il est vrai, de la fin de la République et du premier siècle de l'empire, mais il n'est pas douteux qu'il n'en fut de même à l'époque antérieure.

Les esclaves publics, chargés de la garde d'un édifice public (*æditui*), y avaient leur logement (5). Les autres recevaient par les soins du censeur un emplacement sur le domaine public pour en

(1) Gaius, I, 17.
(2) Gaius, I, 140.
(3) Gaius, I, 132, 115.
(4) Frag. d'Ulp., ad lib. IX Resp. Pap., *Nouv. Rev. hist.*, 1883, p. 361 ; Girard, 294 ; Mispoulet, 670.
(5) Tac., Hist., I, 43.

faire leur habitation (1). Ils recevaient annuellement une indemnité pour leur nourriture (2). Cette somme était, au premier siècle, à peu près le double de celle qui était allouée à un esclave privé.

L'esclave public, à la différence de l'esclave privé, jouit d'une certaine capacité juridique : il peut disposer par testament de la moitié de ses biens (3). Il porte ordinairement deux noms : son nom d'esclave, auquel il joint celui de son ancien possesseur. Enfin, il est probable qu'il était admis à ester en justice pour les actes juridiques qu'il avait conclus et qui profitaient à l'État, par exemple pour les choses qu'il s'était fait manciper ou pour les sommes qu'il avait stipulées.

Il n'y a pas d'exemple qu'une femme ait eu la qualité d'esclave publique. Aussi les esclaves publics épousaient-ils ordinairement des femmes de condition libre. L'enfant portait le nom de sa mère (4).

Les esclaves publics pouvaient être affranchis comme les esclaves privés. Anciennement, dit Varron (5), ils portaient le nom de la cité à laquelle ils avaient appartenu. Plus tard ils prirent le nom du magistrat qui les avait affranchis. Ils avaient pour patron la cité (6).

§ 5. — *Les serviteurs d'origine libre.*

Indépendamment des esclaves, le maître de maison peut avoir chez lui des serviteurs d'origine libre. Ce ne sont pas des mercenaires, c'est-à-dire des citoyens louant leurs services moyennant un salaire, mais des fils de famille, des filles, même des femmes mariées, que leur maître a mancipés dans deux cas bien distincts : 1° moyennant un prix déterminé pour faire argent de leurs services; 2° à titre d'abandon noxal, lorsqu'ils ont commis un délit dont il ne veut pas supporter les conséquences pécuniaires.

Ces personnes doivent à l'acquéreur des services analogues à ceux qu'on exige des esclaves (7). Elles sont, à ce point de vue, *servorum loco* (8), bien qu'elles conservent leur qualité de citoyen

(1) *Lex Julia municip.*, lin. 82 (Bruns, 106; Girard, 75).
(2) Frontin., *De aquis*, 100.
(3) Ulp., XX, 16.
(4) *C. I. L.*, VI, 2311. Dans *C. I. L.* VI, 2310, on le désigne comme *spurii filius*.
(5) Varr., L. l., VIII, 83.
(6) Cf. Mommsen, I, 301 (362); Wallon, II, 402. Cagnat, op. cit., 84.
(7) Plut., Artax., 26, 27, signale chez les Perses un usage qui paraît ressembler à celui du *mancipium*. Voy. aussi Cassiodor., Var., 8, 33.
(8) Au temps de Gaius, il n'y avait pas de terme technique pour les désigner.

et d'ingénu. Mais si elles font partie de la maison de l'acquéreur, elles n'en restent pas moins dans la famille de leur père. Ce qui le prouve, c'est la manière dont on inscrit sur le registre du cens ceux qui ont été l'objet d'un abandon noxal. Ils continuent à figurer à côté de leur chef de famille, avec une mention indiquant qu'ils sont actuellement au service d'un tiers. Leur père conserve donc le pouvoir qu'il a sur eux en qualité de chef de famille, et en tant qu'il n'est pas incompatible avec le droit qu'il a conféré à l'acquéreur. Gaius indique une conséquence de ce principe : l'enfant qui naît pendant que son père est en service chez autrui est dans la famille et sous la puissance de son grand-père (1).

L'individu mancipé n'était plus sous la protection immédiate de son chef de famille, qui n'aurait pu pénétrer dans le domicile de l'acquéreur pour garantir son fils contre de mauvais traitements; il était sous la protection des consuls (2). Si le maître refusait de pourvoir à sa nourriture, il pouvait sans aucun doute y être contraint. La situation du mancipé ne pouvait être pire que celle du *nexus*, qui, d'après les Douze Tables, avait droit chaque jour à une certaine quantité de farine.

Qui était juge des méfaits commis par l'individu mancipé ? Son maître ou son chef de famille ? Il nous semble difficile d'accorder au maître le pouvoir de vie et de mort sur un citoyen qui n'est pas de sa famille. Ce pouvoir ne lui appartient ni en vertu des coutumes qui ont réglé l'organisation de la famille, ni en vertu de la loi qui garantit son droit de propriété. Nous croyons donc qu'il devait porter plainte au chef de famille, qui seul avait qualité pour infliger un châtiment. Le maître n'avait, à titre de propriétaire, que le droit d'employer l'individu mancipé aux travaux les plus pénibles, ou bien encore de l'incarcérer ou de le tenir enchaîné comme un animal malfaisant (3). C'était là l'extrême limite de son droit de propriété. On ne lui permettait pas de la dépasser, et l'on ne tolérait pas de sa part des actes qui, venant d'un chef de famille, échappaient à toute répression. Le maître qui outrage l'individu placé sous son *mancipium* fait un acte qui ne rentre pas dans l'exercice normal de son droit de propriétaire; il agit contrairement au droit : aussi

Gaius, III, 104 : « Is qui in mancipio est » ; I, 138 : « Is qui in causa mancipii est » ; II, 160 : « mancipatus. » Les auteurs modernes emploient le mot *mancipium* pour exprimer le droit du maître sur le fils de famille qui lui a été mancipé.

(1) Gaius, I, 135.
(2) Arg. Val. Max., VI, 1, 9.
(3) Denys, II, 26.

est-il passible de l'action d'injures (1). Jamais au contraire un chef de famille ne sera tenu de cette action, quelle que soit la gravité de l'outrage dont ses enfants aient à se plaindre (2). Le père de famille ne peut agir contrairement au droit (*injuria*), en faisant usage d'un pouvoir qu'il ne tient pas de la loi. Cette distinction, que nous font connaître les jurisconsultes classiques, remonte, à notre avis, à l'ancien droit (3). C'est une conséquence de la différence qui existe entre le pouvoir du chef de famille et le droit du propriétaire.

L'individu mancipé reste, en principe, dans la maison jusqu'à la fin du lustre pendant lequel il a été mis en service (4) ; en cas d'abandon noxal, jusqu'à ce qu'il ait par son travail indemnisé la victime du délit. Si son maître veut le retenir au delà du terme qui vient d'être indiqué, il a le droit de se pourvoir devant le censeur et de réclamer son affranchissement par le cens. Mais le maître a toujours le droit de l'affranchir, avant cette époque, par la vindicte ou par testament (5).

Les effets de cet affranchissement ne sont pas à tous égards les mêmes que ceux de l'affranchissement d'un esclave. La différence vient de ce que l'individu mancipé fait partie de la maison, mais non de la famille de son maître. Par suite, l'affranchissement n'impose au maître aucun devoir envers celui qu'il a mancipé. Il ne lui confère non plus aucun pouvoir sur lui, ni sur ses enfants, qui sont restés dans la famille et dans la maison de leur grand-père. Mais il a droit à la succession de l'individu qu'il a libéré ; il a en même temps droit à la tutelle en vertu de la règle : Là où est l'émolument de la succession, là est aussi le droit à la tutelle (6).

Le droit de succession diffère de celui d'un patron : tandis que le patron ne vient à la succession qu'à défaut d'héritier testamentaire ou d'héritier sien, celui qui a libéré un individu mancipé est préféré aux héritiers siens de cet affranchi (7), à plus forte raison au père qui a fait la mancipation. D'où lui vient cette situation privilégiée que Ulpien fait remonter aux Douze Tables ? C'est vraisemblablement une conséquence de ce que le mancipé

(1) Gaius, I, 141.
(2) Ulp., 57 ad., Ed., D., XLVII, 10, 7, 3.
(3) En sens contraire, Voigt, II, 270.
(4) Il y avait chez les Hébreux un usage analogue : celui qui s'était vendu comme domestique devenait libre au bout de sept ans, si même il n'était libéré plus tôt par l'effet de l'année du jubilé, qui revenait tous les cinquante ans. Cf. Ihering, II, 179, Dareste, *Ét. d'histoire du droit*, 26.
(5) Gaius, I, 138, 140.
(6) Gaius, I, 115, 166, 195; Ulp., XI, 5.
(7) Ulp., Coll., XVI, 9, 2; Gai. Ep., I, 6, 3.

a cessé d'appartenir à la même maison que ses enfants. Le lien d'agnation, qui existait entre eux et lui, a été brisé par le fait de la mancipation, et, pour ceux qui ont été conçus postérieurement à la première mancipation, il n'a jamais existé; ils n'ont jamais appartenu à la maison de leur père (1).

La mancipation d'un fils de famille produit un effet qui mérite d'être signalé : elle lui fait perdre la qualité d'héritier (2). Recouvrait-il cette qualité après son affranchissement? Non, puisqu'il devenait *sui juris*, et qu'il cessait alors de faire partie de la famille de son père. Mais s'il retombait sous la puissance paternelle à l'expiration de son service, peut-être reprenait-il ses droits d'héritier sien. Gaius n'a pas eu à s'occuper de ce cas, parce que de son temps la mancipation volontaire n'avait lieu que pour la forme.

On voit que les Romains, tout en faisant rentrer sous une conception commune la propriété des personnes et celle des choses, surent très bien tenir compte des différences résultant de la qualité des personnes soumises au *dominium*. Le citoyen soumis au droit de propriété d'autrui pouvait réclamer l'intervention du magistrat (consul, préteur ou censeur, suivant les cas) pour le protéger contre l'exercice abusif du droit de propriété.

§ 6. — *Les prisonniers pour dettes.*

A côté des diverses classes de personnes que nous venons d'énumérer, il y a parfois dans la maison romaine des hommes libres qui, tout en conservant leur indépendance comme citoyens, sont cependant dans une situation pire que celle des esclaves : ce sont les prisonniers pour dettes.

I. — Dans le droit antérieur aux Douze Tables, la cause principale pour laquelle un citoyen pouvait être emprisonné pour dettes était le *nexum*. Les emprunteurs hors d'état de rembourser le capital et les intérêts étaient appréhendés au corps et conduits

(1) En serait-il de même des enfants conçus après la troisième mancipation ? Il est permis d'en douter, au moins pour l'époque où l'on admettait que l'enfant naissait *in mancipio*, comme son père (Lab. ap. Gai., I, 135). Ulpien ne parle que de l'enfant émancipé sans fiducie, c'est-à-dire d'un cas où d'ordinaire les trois mancipations étaient consécutives. Le préteur, s'inspirant d'idées différentes, modifia plus tard cette règle. Il déclara qu'il donnerait la possession des biens de cet affranchi à dix personnes, unies à lui par les liens du sang, de préférence au *manumissor*. Inst., III, 9, 4.

(2) Gaius, II, 135. Le manuscrit de Vérone porte *mancipatos;* la plupart des éditeurs lisent *emancipatos :* c'est une correction inutile. Il n'y a pas de raison pour restreindre à l'émancipation un effet que Gaius attribue à toute mancipation d'un fils de famille.

chez leurs créanciers (1). Ceux-ci avaient le droit de les retenir (2) et d'utiliser leurs services (3), sans doute jusqu'à ce qu'ils eussent, par leur travail, racheté leur dette.

Le créancier avait le droit de charger de chaînes son débiteur, de l'incarcérer même, pour l'empêcher de fuir. En même temps, il était autorisé à saisir et à vendre ses biens, à arrêter ses enfants et petits-enfants (4).

Le *nexus* était dans une situation analogue, à plusieurs égards, à celle du fils de famille mancipé : comme lui, il conservait la qualité de citoyen ; comme lui aussi, il devait ses services au maître de la maison. Mais entre eux il y avait cette différence capitale que le fils de famille, en travaillant pour l'acquéreur au lieu de travailler pour son père, ne faisait que changer de maître, tandis que le *nexus*, étant chef de famille, était en réalité un condamné aux travaux forcés. Comme les condamnés de nos jours, il était employé aux travaux les plus pénibles; il pouvait être enchaîné ou assujetti à traîner au pied le boulet, à titre de punition ou par mesure de sûreté (5). D'autre part, le droit du créancier s'étendait à tous les biens du *nexus* et à toutes les personnes faisant partie de sa maison.

II. — Le *nexum* était-il la seule cause pour laquelle un citoyen pût être emprisonné pour dettes? Il est vraisemblable qu'on traitait de même celui qui, ayant été condamné à payer une somme d'argent, ne voulait ou ne pouvait la payer. Le créancier le conduisait devant le magistrat et se le faisait attribuer (*addicere*). Au cas où le débiteur refusait de le suivre, le magistrait donnait l'ordre de l'emmener dans la maison du créancier. Cette conjecture s'appuie sur un texte de Denys. Dans son récit des discussions qui s'élevèrent au sénat en 259, lorsque les plébéiens refusèrent de s'enrôler pour faire la guerre aux Volsques, il indique deux causes qui autorisent les créanciers à user de contrainte envers leurs débiteurs : un contrat ou un jugement. « Il faut, dit Appius, accorder aux prêteurs la faculté d'agir aux termes de leur contrat, quelles qu'en soient les clauses; puis, celui des consuls qui restera à Rome organisera des instances suivant

(1) Liv., II, 23 : « Fremebant... domi a civibus captos oppressosque esse. »
(2) Liv., II, 24 : « Retinendi jus. »
(3) Liv., II, 23 : « Ductum se ab creditore non in servitium sed in ergastulum... esse. »
(4) En 259, au moment où les Volsques se préparaient à faire le siège de Rome, le consul jugea utile de suspendre, par mesure de salut public, le droit des créanciers. Liv., II, 24 : « Ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules potestas faceret. Ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesque moraretur. »
(5) C. pén. 15; l. 30 mai 1854, a. 2, 3.

la coutume et prononcera les peines prévues par la loi contre les débiteurs en retard (1). »

La rigueur, avec laquelle certains créanciers usèrent de leur droit provoqua à plusieurs reprises des soulèvements populaires (2). Les décemvirs prirent des mesures pour en prévenir le retour. La loi des Douze Tables contient un règlement spécial aux débiteurs condamnés par un jugement régulièrement rendu et à ceux qui, tenus d'une dette d'argent, faisaient l'aveu de leur dette devant le magistrat. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur ne pouvait être appréhendé au corps avant l'expiration d'un délai de trente jours, à compter du jugement ou de l'aveu judiciaire. Passé ce délai, il était conduit devant le magistrat : s'il persistait à ne pas donner satisfaction au créancier, ou si personne ne prenait son fait et cause à titre de *vindex,* le créancier l'emmenait chez lui et pouvait le charger de chaînes, ou lui mettre des entraves d'un poids dont le maximum fut fixé par la loi. Le débiteur restait ainsi chez son créancier pendant soixante jours. Dans l'intervalle, il lui était permis d'entrer en arrangement avec son créancier ; sinon, celui-ci devait le conduire, à trois jours de marché consécutifs, devant le préteur, en faisant connaître à haute voix le montant de la dette. Après la troisième publication restée sans résultat, le créancier avait le droit de tuer le débiteur ou de le vendre comme esclave à l'étranger (3).

La règle introduite par les décemvirs s'appliquait-elle indistinctement à tous les débiteurs d'une somme d'argent, même aux *nexi?* Si la disposition des Douze Tables avait eu une portée générale, les créanciers auraient perdu le droit d'utiliser les services de leurs débiteurs. Or les textes prouvent qu'au commencement du cinquième siècle on occupait les débiteurs *ex nexu* aux travaux des champs. Il n'y eut donc rien de changé à leur égard (4).

(1) DENYS, VI, 24. Ce texte ne laisserait place à aucun doute, si les éditeurs étaient d'accord sur la leçon du manuscrit. Nous l'avons traduit tel qu'on le trouve dans l'édition de Reiske. Dans celle de F. Didot, on a déplacé le mot καὶ, qui se lit avant τὰς τιμωρίας, pour le reporter avant τὸν ἐν τῇ πόλει. Dès lors, ce seraient les prêteurs qui feraient demander des juges pour faire valoir leurs droits. VOIGT, I, 631, reproduit sans observation le texte de Didot.

(2) En 254, 256, 259, 260, 261 : DENYS, V, 53, 64 ; VI, 23, 26, 37, 58. Cf. LIV., II, 23 ; VI, 7 ; XXVII, 1.

(3) GELL., XX, 1 : « Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venumibant. » Le sens de ce texte est très discuté. Certains auteurs hésitent à prendre *caput* dans son acception ordinaire et à attribuer au créancier le droit de tuer le débiteur. Cf. KUNTZE, II, 139.

(4) DENYS, XVI, 5. En présence de ce texte, VOIGT, *Ueber die Geschichte des römischen Executionsrechts* (Ber. der K. Sächs. Ges. der Wiss., philol. histor. Classe), 1882, p. 85, dit que le plus souvent les créanciers se dispensaient de demander l'*addictio,* et qu'ils se contentaient de retenir chez eux leurs débiteurs, de leur propre autorité.

On s'explique d'ailleurs aisément la distinction faite par les Douze Tables entre le *nexus* et l'*addictus*, même dans le cas où l'*addictio* a été prononcée pour une dette résultant du *nexum*. Les décemvirs ont pensé que le débiteur qui a nié sa dette ou qui ne s'est décidé à l'avouer qu'en présence du magistrat, ne pouvait compter sur l'indulgence de son créancier. Irrité de sa résistance, celui-ci n'aura pour lui aucun ménagement : la loi l'a pris sous sa protection. Elle ne s'est pas occupée du débiteur qui se mettait spontanément à la disposition du créancier, dans le cas où il était hors d'état de remplir ses engagements. Il suit de là que le *nexus* ne pouvait invoquer la disposition des Douze Tables qui accordait au *judicatus* trente jours pour se libérer. Cette conséquence a paru choquante à certains auteurs. Tel n'est pas notre sentiment. Le délai de trente jours est une faveur que la loi accorde au débiteur qui s'est exposé à la colère du créancier en niant sa dette ou en attendant, pour l'avouer, d'être en présence des magistrats.

En somme, depuis les Douze Tables, il y a lieu de distinguer le *nexus*, l'*abductus* et l'*addictus*. Seul, le *nexus* fait partie de la maison du créancier et lui doit ses services comme un esclave; il est soumis au droit du maître jusqu'à ce qu'il ait, par son travail, acquitté sa dette. Alors seulement il obtiendra sa libération (1).

L'*abductus*, au contraire, n'est pas tenu de travailler au profit de son créancier. Si, en fait, il est dans sa maison, en droit il n'en fait pas partie : il n'est soumis au droit de personne, il reste *sui juris*. A ce titre, il peut disposer de son patrimoine : les Douze Tables le supposent, car il y est dit que l'*abductus* peut se nourrir à ses frais. S'il n'en a pas les moyens, la loi impose au créancier l'obligation de subvenir à sa nourriture ; elle fixe la quantité de farine qu'il doit fournir pour chaque jour de détention préventive (2).

L'*addictus*, bien que dépouillé de sa qualité de citoyen, ne fait pas non plus partie de la maison du créancier, qui n'a pas même le droit de le garder chez lui ; s'il n'est pas mis à mort, il doit être vendu à l'étranger. On a craint que la présence à Rome d'un trop grand nombre d'*addicti* ne fût une cause de trouble pour la cité.

(1) GAIUS, III, 104. Cf. Ch. GIRAUD, *Des* Nexi, 1847, p. 70 et 93.
(2) GELL., XX, 1, 45. Cf. GAIUS, 2 ad XII Tab., D., L, 16, 234, 2.

§ 7. — *Condition juridique des membres de la maison.*

Nous avons à rechercher les conséquences du point de vue sous lequel l'ancien droit envisage les personnes faisant partie de la maison : ce sont des instruments de travail et d'acquisition. Toute acquisition réalisée par elles profite à leur maître. Elles ne sauraient donc rien avoir en propre; elles sont incapables d'avoir un patrimoine. Par suite, elles ne peuvent pas s'obliger; elles ne peuvent pas non plus ester en justice, car aucun droit ne peut reposer sur leur tête. C'est là un vestige de l'organisation primitive de la famille chez les Romains, une conséquence du régime patriarcal.

Cette triple incapacité d'avoir un patrimoine, de s'obliger, d'ester en justice, est admise par tous les auteurs lorsqu'il s'agit des esclaves. Nous essayerons d'établir qu'il en était de même du fils de famille.

a. — Incapacité du fils de famille.

1° La difficulté vient de la situation qui lui est faite par le droit public. En droit public, on a écarté cette conséquence du régime patriarcal qui concentre tous les droits sur la tête du chef de la famille ; on a admis que le fils est pleinement capable. Pourquoi le droit privé n'aurait-il pas subi l'influence du droit public et reconnu la capacité au fils de famille? Comment un fils de famille, qui peut exercer les plus hautes fonctions publiques, serait-il incapable d'être propriétaire d'un cheval ou d'un esclave? Ce résultat n'avait rien de choquant à une époque où l'on admettait la propriété familiale, et où le père de famille n'était pas seulement le maître de la maison, mais avant tout le protecteur des membres de la famille, chargé de subvenir à leurs besoins, suivant sa fortune et d'après le rang qu'ils occupaient dans la société. Rien ne prouve mieux que le droit privé est resté indépendant du droit public chez les Romains.

Si le fils de famille est incapable, ce n'est donc pas parce qu'on le suppose, en raison de son jeune âge, hors d'état d'administrer son patrimoine. Aussi n'a-t-on pas, comme chez nous, fixé un âge pour la majorité. A Rome, la capacité du fils de famille ne dépend nullement de son âge. Quelle que soit la maturité de son esprit, tant que son père est vivant, le fils ne saurait prétendre à devenir maître de maison.

2° Le fils de famille, incapable d'avoir un patrimoine, est-il également incapable de s'obliger? En droit classique, le fils de famille

s'oblige aussi valablement qu'un chef de maison, bien qu'il ne puisse rien avoir en propre (1). Il peut être cité en justice par son créancier (2) et condamné. Mais peut-on poursuivre contre lui l'exécution du jugement? On devra, à notre avis, surseoir jusqu'à ce qu'il soit devenu maître de maison (3). Lors, en effet, que le fils de famille devenait *sui juris* par une émancipation, ou qu'il était exhérédé par son père, il n'était tenu que dans la mesure de ses facultés. A plus forte raison lorsqu'il n'avait rien, étant fils de famille, ne pouvait-on exécuter contre lui le jugement : on n'aurait abouti qu'à le faire attribuer au créancier, ce qui eût été une atteinte au droit de son père.

Sous cette restriction, le fils de famille était, à l'époque classique, capable de s'obliger, bien qu'incapable d'avoir un patrimoine. En était-il de même dans l'ancien droit? Nous ne le croyons pas. La notion de l'obligation n'était pas la même qu'en droit classique. Contracter une obligation, c'était conférer éventuellement au créancier le droit d'utiliser les services du débiteur. Ce résultat ne pouvait se produire contre la volonté du maître du débiteur. Le fils de famille ne pouvait disposer de ses services au préjudice de son père, lui en enlever, même temporairement, le profit. En droit classique, au contraire, l'obligation consiste en un pouvoir sur la volonté du débiteur; elle a pour objet un acte de sa volonté. C'est pour cela que le fils de famille a été réputé capable de s'obliger.

Ainsi entendue, la notion de l'obligation put s'appliquer même à l'esclave qui, lui aussi, était capable de volonté. Mais ici la portée de l'obligation fut moins large, car l'esclave, à la différence du fils de famille, ne pouvait ester en justice. Par suite, l'obligation qu'il contractait ne fut pas munie d'action; elle manquait du caractère distinctif de l'obligation civile; elle n'eut de valeur qu'à titre d'obligation naturelle. Telle fut la doctrine qui finit par prévaloir dans la jurisprudence classique. Elle n'était pas admise par Gaius, qui refuse à l'esclave la capacité de s'obliger; il en dit autant du fils de famille mancipé (4).

Quant à la fille de famille et à la femme *in manu*, elles sont restées incapables de s'obliger, même en droit classique. On ne pouvait leur attribuer la capacité de s'obliger librement, alors que

(1) Gaius, 3 ad Ed. prov., D., XLIV, 7, 39; Gaius, II, 87.
(2) Ulp., 41 ad Sab., D., V, 1, 57; Paul, 30 ad Ed., D., XIV, 5, 5 pr.
(3) Machelard, *Des obligations naturelles*, 1860, p. 204.
(4) Gaius, III, 104; Pap., 9 Quæst., D., XV, 1, 50, 2; Ulp., 76 ad Ed., D., XXXIX, 5, 19, 4; 7 Disp., D., XLIV, 7, 14. Cf. Savigny, *System*, II, 424; Schwanert, *die Naturalobligation*, 1861, p. 260; Machelard, *op. cit.*, p. 158; Pernice, *Labeo*, I, 149.

les femmes pubères *sui juris* avaient besoin de l'*auctoritas* d'un tuteur (1).

Il subsiste en droit classique des vestiges d'une époque où les fils de famille étaient incapables de s'obliger : les dettes contractées par un chef de maison s'éteignent de plein droit, dès l'instant où il se soumet au droit d'un tiers par l'effet d'une adrogation ou d'un mariage *cum manu* (2). Les fils de famille sont également restés incapables de s'obliger par leurs vœux (3).

3° Le fils de famille est-il capable d'ester en justice? Sur ce point encore, sa situation ne différait pas, à notre avis, de celle de l'esclave. Il ne pouvait figurer en justice, ni comme demandeur puisqu'il n'avait rien en propre, ni comme défendeur s'il est vrai qu'il fût incapable de s'obliger, ni pour le compte d'autrui, car sous le système des actions de la loi nul ne pouvait plaider pour autrui. Il y a d'ailleurs, en droit classique, quelques cas où la règle ancienne a été conservée : le fils de famille, qui joue le rôle d'*adstipulator*, ne peut exercer de poursuites contre le promettant, à moins qu'il ne sorte de la puissance paternelle sans *capitis deminutio* (4); dans le seul cas où une obligation peut résulter d'un acte du fils de famille, en cas de délit, l'action est dirigée contre le père et non contre le fils (5).

b. — Acquisitions faites par l'intermédiaire d'un esclave ou d'un fils de famille.

Le maître de maison ne profite pas seulement des produits du travail matériel de ses enfants ou de ses esclaves : il profite également des acquisitions résultant des actes juridiques auxquels ils ont pris part. En principe, le maître de maison a seul qualité pour figurer dans ces actes qui tendent à procurer ou à retirer à un droit la garantie de l'État. On serait tenté d'accorder la même faculté au fils de famille qui est membre de la cité, et de la refuser à l'esclave, qui n'a aucun titre pour réclamer la protection de l'État. Tel ne paraît pas avoir été le point de vue des Romains aux premiers siècles. Ils considèrent le fils et l'esclave comme ayant une capacité d'emprunt; ce sont les porte-voix du maître (6).

(1) Gaius, I, 192. Voigt, II, 264, pense que la capacité des fils de famille fut admise d'abord pour ceux qui avaient un pécule militaire, puis étendue à tous les fils de famille. C'est une pure hypothèse. Elle conduit à reporter à une époque tardive cette innovation, alors que l'édit qui permet de poursuivre l'émancipé dans la mesure de ses facultés est sans doute de la fin de la République. Cf. Pernice, *Labeo,* I, 103.
(2) Gaius, III, 84.
(3) Ulp., 1 Disput., D., L, 12, 2, 1. Pernice, *Zum röm. Sacralrechte,* 1886.
(4) Gaius, III, 124.
(5) Cf. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht,* 1876, I, 185.
(6) Inst., III, 19, 4; Jul., 58 Dig., D., XXXIX, 2, 42.

De même, ils présentent la règle qui attribue au maître l'acquisition faite par un fils de famille ou par un esclave, comme une conséquence de leur incapacité d'avoir un patrimoine (1).

Les actes à l'occasion desquels le maître de maison réalise une acquisition par l'intermédiaire de son fils ou de son esclave sont les actes purement acquisitifs : telle est la mancipation; on y a joint plus tard la tradition, la stipulation (2). Ces actes profitent au maître alors même qu'ils ont eu lieu à son insu ou contre son gré (3). S'il avait fallu rechercher dans chaque cas si l'esclave avait agi ou non suivant les instructions de son maître, on eût enlevé à ces actes l'avantage principal que procure leur emploi (4). Mais le fils de famille pas plus que l'esclave ne peut acquérir par une *in jure cessio* (5).

La faculté de participer à un acte juridique a-t-elle de tout temps été admise pour l'esclave et pour le fils de famille? Il n'y a aucun indice qui permette d'affirmer qu'elle leur ait jamais fait défaut. On ne peut se fonder sur l'application qui en est faite en matière de testament, et que Pomponius et Gaius (6) rattachent à une règle introduite par le droit civil. S'il est vrai que la liberté de tester a été graduellement admise par la jurisprudence, il n'est pas étonnant que les conditions de capacité aient été également établies par les jurisconsultes.

(1) Gaius, II, 87. A l'époque classique où le fils de famille possède à certains égards une personnalité juridique propre, on évite de dire, comme on le fait pour l'esclave, qu'il agit *ex persona domini;* mais dans l'ancien droit, où les maîtres de maison avaient seuls la capacité juridique, le fils aussi bien que l'esclave n'avait qu'une capacité d'emprunt. Cf. Pernice, *Labeo,* I, 110. Contra, Voigt, I, 273, qui pense que le fils a le *commercium ex sua persona.*

(2) Gaius, II, 87; Cat., R. r., 5; Cic., Ad Att., XIII, 50; Plaut., Truc., III, 1, 3; Bacch., II, 3, 15, 29; Rud., V, 3, 28.

(3) Inst., II, 9, 3; Jul., 16 D., D., XXIII, 3, 46 pr.; 2 ex Minicio, D., XLV, 1, 62.

(4) Gaius, 11 ad Ed. prov., D., XLI, 1, 32 : etiam invitis nobis per servos acquiritur pæne ex omnibus causis. Voigt, II, 260, considère comme de droit nouveau la règle d'après laquelle l'acquisition faite par un fils ou par un esclave profite à son père, même quand elle a eu lieu à son insu ou contre son gré. Mais le seul texte qui semble favorable à cette opinion n'a pas le sens que Voigt lui prête. Ulp., 48 ad Sab., D., XLV, 1, 1 pr., dit ce que le muet, le sourd, l'enfant, l'absent doivent faire lorsqu'ils veulent stipuler : ils doivent recourir à l'intermédiaire d'un esclave, qui sera présent à l'acte, prononcera les paroles nécessaires et écoutera la réponse du promettant. Mais le texte ne dit pas que la stipulation, faite par cet esclave de son propre mouvement, sera subordonnée à l'approbation du maître. Voigt, I, 305, invoque aussi Q. Muc., ap. Cic., De leg., II, 20, où il voit une donation faite au fils : il s'agit au contraire d'une donation faite par le fils. Cf. Burckhard, Z. Sav. St., 1888, p. 324; Kuebler, eod., 1890, p. 37.

(5) Gaius, II, 96. Il en est ainsi même en droit classique. Sans doute le fils de famille peut à cette époque ester en justice; mais, incapable d'être propriétaire, il ne peut pas se poser en propriétaire revendiquant; il ne peut pas non plus affirmer la propriété de son père, parce que plaider sur le droit d'autrui, c'est le compromettre.

(6) Pomp., 3 ad Sab., D., XXX, 12, 2; Gaius, 17 ad Ed. prov., D., XXVIII, 5, 31 pr.

On peut tenir pour vraisemblable que l'emploi des fils de famille et des esclaves dans les actes juridiques a dû être très rare aux premiers siècles de Rome. Le gouvernement et l'administration du patrimoine étaient concentrés dans les mains du maître de maison. A une époque où les transactions étaient peu nombreuses, la tâche n'était pas au-dessus des forces d'un seul homme. Mais lorsque le commerce se développa et que chaque groupe cessa de se suffire à lui-même, le maître dut employer des auxiliaires pour faire face aux exigences d'une administration souvent compliquée. Il en avait surtout besoin pour les actes qui impliquaient la présence des parties, comme la mancipation et la stipulation. Lorsque les nécessités de son administration le forçaient à être simultanément en des lieux différents pour conclure des actes juridiques, il se faisait remplacer par son fils ou par un de ses esclaves. Enfin, si le maître était un enfant, un impubère, l'emploi d'un esclave était indispensable pour tous les actes que le tuteur ne pouvait faire, parce qu'ils exigent l'intervention personnelle de l'intéressé ou d'une personne en sa puissance.

c. — Le pécule.

Bien que les fils de famille et les esclaves fussent incapables de rien avoir en propre, il était d'usage de leur concéder certains objets qui, en fait sinon en droit, étaient considérés comme leur appartenant exclusivement. Ces objets formaient le pécule et consistaient primitivement en quelques têtes de petit bétail (*pecu*), comme l'indique l'étymologie.

C'étaient ordinairement des brebis, que le maître leur permettait parfois de faire paître sur son propre fonds (1). Dans la suite, on comprit également, sous le nom de pécule, les parures que l'on donnait aux femmes, la pension qu'on leur servait par mois ou par an (2), ainsi qu'aux fils et aux filles (3), les gratifications accordées à un esclave à titre de récompense. Bien souvent le pécule était le fruit de l'épargne de l'esclave ; il le formait, sou par sou, des économies qu'il pouvait faire sur sa nourriture (4). On tenait pour un mauvais esclave celui qui ne savait pas se créer un petit pécule : c'était littéralement un vaurien (5).

Le possesseur du pécule en avait la libre disposition et le con-

(1) Varr., R. r., I, 17; L. l., V, 19.
(2) Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 15 pr.; Paul., 7 ad Sab., D., eod., 28, 6.
(3) Sen., De clem., I, 15; Atilic. ap. Ulp., 25 ad Sab., D., XXXIII, 8, 6, 4.
(4) Ter., Phorm., I, 1, 9.
(5) *Nihili*, Plaut., Cas., 133. Cf. Wallon, II, 212.

servait d'ordinaire s'il était émancipé ou affranchi. En diverses circonstances et particulièrement en 359 et 364, les dames romaines livrèrent au trésor public l'or et les ornements qu'on leur avait donnés (1); en 537 et en 547, elles remirent une cotisation prélevée sur leur pécule ou sur leur dot (2). L'esclave prélevait aussi sur son pécule la somme nécessaire pour payer le prix de sa liberté (3).

Le pécule ainsi entendu remonte à une époque très ancienne. Existait-il au temps des Douze Tables? C'est possible, mais nous ne croyons pas qu'on puisse se fonder, pour le soutenir, sur les textes relatifs à la vente du *statuliber* (4). L'usage d'affranchir un esclave par testament, sous la condition de remettre une certaine somme à l'héritier, ne doit guère être antérieur à l'époque où l'on a admis la liberté de tester, tout en obligeant le testateur à instituer un héritier. On retrouve ici cette préoccupation d'indemniser l'héritier, acquéreur de l'universalité des biens, du préjudice que lui fait subir l'affranchissement de l'esclave.

Tant que le pécule n'a compris que les biens acquis par les membres de la maison dans les cas que nous venons d'indiquer, il n'a eu qu'une médiocre importance; la loi romaine ne s'en est pas occupée. Il en fut autrement lorsque l'usage s'introduisit de confier à des esclaves la gestion de portions plus ou moins considérables du patrimoine du maître. L'institution de ces pécules fut le point de départ d'un changement profond dans la condition juridique de l'esclave et même du fils de famille. Tandis qu'anciennement le droit ne les considérait que comme objets de propriété, désormais on leur reconnut une personnalité juridique;

(1) Liv., V, 25, 50.
(2) Liv., XXII, 1; XXVII, 37.
(3) *Aes pro capite*, Plaut., Pœn., III, 1, 16.
(4) Modest., 9 Differ., D., XL, 7, 25; Ulp., II, 4. Cf. Voigt, II, 81. Ces textes ne prouvent pas que les décemvirs se soient occupés, dans un article spécial, du *statuliber :* il en résulte seulement que la vente du *statuliber* a été tenue pour valable par application d'une disposition des Douze Tables. Cette disposition tout à fait générale est la règle : *cum nexum faciet mancipiumque,* etc. L'application de cette règle au *statuliber* pouvait être contestée. Devait-on traiter provisoirement le *statuliber* comme un homme libre et, par suite, déclarer la mancipation impossible? Les interprètes des Douze Tables décidèrent qu'on le traiterait comme un esclave et, partant, que la vente en serait permise. D'autre part, il est difficile de croire qu'on ait admis dès le temps des décemvirs la possibilité de subordonner un acte juridique à une modalité telle qu'une condition suspensive. Les actes juridiques de l'ancien droit ne comportent aucune modalité, et cette règle a subsisté jusque dans le droit classique. S'il en est autrement du testament, c'est qu'il a subi une transformation essentielle aux derniers siècles de la République, tandis que la mancipation, par exemple, a toujours conservé son caractère primitif. Enfin, le mot *status* exprime une idée relativement récente; dans l'acception qu'il reçoit ici, on ne le trouve pas employé avant le sixième siècle. (Liv., XXI, 62; XXVII, 33.)

ils purent, dans de certaines limites, devenir des sujets de droit.

Nous n'avons pas à décrire ici cette transformation, qui s'est opérée aux derniers siècles de la République et sous l'Empire. Il nous suffira de constater qu'au sixième siècle de Rome, le pécule des esclaves est plus souvent mentionné que celui des fils de famille (1).

III

L'AGNATION.

I. — La distinction que nous venons d'établir entre la maison et la famille entraîne une conséquence importante, quant à la notion de l'agnation : elle permet de donner toute sa valeur à la définition d'Ulpien (2). L'agnation existe entre personnes appartenant à la même maison et à la même *gens*. D'où il suit que deux personnes appartenant à la même maison, c'est-à-dire soumises l'une et l'autre au droit de propriété d'un même chef, ne seront pas agnates entre elles si elles ne sont pas de la même *gens*. Tel sera le cas du fils de famille mancipé, du prisonnier pour dettes. De même deux personnes de la même *gens*, sans être soumises au droit d'un même maître, ne seront pas agnates. L'agnation subsiste d'ailleurs même après le décès du maître de maison.

La règle est donc celle-ci : sont agnats tous les *gentiles* qui appartiennent à la même maison, ou qui y appartiendraient si le maître de cette maison était encore vivant.

Cette règle, applicable aux membres des *gentes*, c'est-à-dire pendant longtemps aux seuls patriciens, fut très facilement adaptée à la situation des plébéiens. L'identité de *gens* implique en général l'identité d'origine; elle existe régulièrement entre personnes se rattachant par leur naissance à un auteur commun. Il ne s'agit, bien entendu, que de naissances légitimes (3). Voici donc quelle sera la règle pour les plébéiens : sont agnats tous ceux qu'une filiation légitime rattache à un auteur commun et qui appartiennent à la maison dont il est le maître, ou qui y appartiendraient, s'il était encore vivant.

(1) Cf. Pernice, *Labeo*, I, 121.

(2) Ulp., 46 ad Ed., D., L, 16, 195, 2 : Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam et si patrefamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

(3) Quelle était la situation des enfants illégitimes? Anciennement, ils n'étaient pas ingénus; l'ingénuité exigeait une filiation déterminée. Plus tard on les rangea parmi les ingénus en transformant la qualification *sp(urius) f(ilius)* en *sp(urii) f(ilius)*. Cf. supra, p. 176.

Cette règle exprime au fond la même idée que la précédente. Elle est cependant un peu plus étroite ; l'identité de *gens* ne suppose pas nécessairement l'identité d'origine. Il y a deux sortes de personnes qui entrent dans la *gens* autrement que par la naissance : l'adrogé et vraisemblablement la femme mariée *farreo*. La loi donne à l'adrogé la même situation que s'il était né du légitime mariage du chef de la famille. On a étendu pareillement la notion de l'agnation applicable aux plébéiens : la qualité d'agnat est attribuée à la femme *in manu;* elle est censée être la fille du maître de la maison. D'autre part, on remarquera que la définition de l'agnation exclut les descendants par les femmes (1) ; c'est qu'ils n'appartiennent pas à la maison de l'auteur commun.

Si l'on tient compte de ces réserves, on peut dire que la condition première et essentielle pour que deux ou plusieurs personnes soient agnates, c'est qu'elles appartiennent à la même maison. La condition de communauté d'origine n'est pas toujours exigée ; elle ne suffit pas non plus à maintenir le lien résultant de l'agnation : celui qui sort de la maison, du vivant du maître, perd sa qualité d'agnat. Si l'agnation subsiste, après le décès du chef de maison, entre ceux que sa mort a rendus *sui juris,* c'est sans doute qu'anciennement ils continuaient à vivre ensemble.

Lorsqu'une femme *sui juris* se marie *sine manu,* elle reste maîtresse de maison, mais cette maison est destinée à s'éteindre à son décès, car les enfants qui naîtront de son mariage seront dans la maison de leur père. La maison disparaîtra également si la femme ne se marie pas. Voilà pourquoi Ulpien dit, d'une manière générale, que la femme est le commencement et la fin de sa famille (2).

II. — La notion d'agnation n'a qu'un rapport assez éloigné avec l'idée moderne de parenté. La parenté, telle que nous l'entendons, celle que les Romains appelaient cognation, n'existe pas nécessairement entre agnats : deux agnats peuvent ne pas être parents, et deux parents peuvent n'être pas agnats. La cognation n'eut pendant longtemps aucune valeur juridique ; l'agnation seule conférait des droits.

L'agnation est également différente de la gentilité (3). Bien qu'en général elles résultent l'une et l'autre de la filiation légi-

(1) Gaius, I, 156.

(2) Ulp., 46 ad Sab., D., L. 16, 195, 4 : Mulier familiæ suæ et caput et finis est.

(3) Fustel de Coulanges, *La cité antique,* liv. II, c. x, et Mommsen, III, 16, pensent que les agnats sont des gentils qui peuvent prouver à quel degré ils sont parents. Voigt, *J. N.*, III, 1163, a fait remarquer que jamais, à Rome, la preuve d'un fait n'est une cause d'acquisition d'un droit : c'est uniquement la condition requise pour faire valoir un droit.

time, l'agnation exprime une idée qui est étrangère à la gentilité : elle désigne le rapport qui existe soit entre les enfants soumis au droit du même maître, soit entre le maître et ces enfants. La gentilité suppose des personnes unies par la communauté de culte, portant le même nom, et qui, nées de personnes ingénues, ne comptent parmi leurs ancêtres que des ingénus (1). Ces personnes ne sont pas nécessairement agnates entre elles, si rapproché que soit le degré de leur parenté (2). Pour qu'il y ait agnation, il faut appartenir à la même maison, être soumis au droit du même maître. Quel que soit le nombre de degrés qui sépare du maître de maison une personne déterminée, l'agnation existera pourvu que cette personne soit sous le *dominium* de ce maître.

Il n'y a pas de règle fixe pour le nombre de degrés ; cela dépend de la durée plus ou moins longue de la vie du maître, de l'intervalle plus ou moins grand qui sépare les générations de ses enfants et petits-enfants. S'il n'y a pas dans la langue latine de dénomination particulière pour les agnats au delà du sixième degré, c'est que, ordinairement, en tenant compte de la durée moyenne de la vie, il n'y avait pas d'agnats à un degré plus éloigné.

Pour être l'agnat d'un maître de maison, il faut avoir fait partie de sa maison durant sa vie et jusqu'à son décès : on n'a fait qu'une exception à cette règle en faveur des posthumes (3).

IV

LES REGISTRES DU CENS ET L'ÉTAT CIVIL DES MEMBRES DE LA MAISON.

I. — Les registres du cens contiennent en principe le relevé de tous les membres de la cité, avec l'indication de la situation pécuniaire des maîtres de maison. Ces inscriptions se faisaient par tête, d'où la dénomination donnée au citoyen considéré dans ses rapports avec la cité : on dit qu'il a un *caput* (4).

(1) Cic., Top., 6 : Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti.

(2) Une fille se marie avec un membre de sa *gens* et passe sous sa *manus :* elle cesse d'être l'agnate de son père et de ses frères ; cependant elle est leur cognate au premier ou au second degré. Il est vrai qu'elle a subi une *capitis deminutio* en passant sous la *manus* de son mari, mais nous verrons bientôt qu'il ne faut pas attribuer une valeur absolue à cette condition, et qu'elle n'entraîne pas dans tous les cas la perte de la gentilité.

(3) C'est une application de la règle : « Infans conceptus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus agitur. » Paul, 7 de portion., D., I, 5, 7 ; Jul., 69 Dig., D., eod., 26.

(4) Mommsen, III, 7. Cf. pour l'état civil des Athéniens et pour l'inscription sur les registres du dème, Haussoullier, *La vie municipale en Attique,* 1884, p. 11.

Cette signification du mot *caput* résulte des textes qui nous font connaître le dénombrement des citoyens : lorsque les opérations du recensement étaient terminées, on publiait le chiffre des *capita civium* (1). Cette signification du mot *caput* résulte également de diverses locutions qu'il n'est pas rare de rencontrer chez les auteurs latins. Lorsque Plaute dit qu'un esclave remet à son maître une somme d'argent *pro capite* (2), il s'agit, sans aucun doute, de la somme payée pour obtenir son affranchissement par le cens. Le *capite census* est le citoyen qui, n'ayant aucune fortune, n'est inscrit que par mesure d'ordre. Le *judicium capitis* est l'instance qui a pour résultat de faire rayer un citoyen de la liste du cens. La *capitis exsecratio* était l'une des peines les plus sévères qu'on pût infliger à un citoyen ; elle était prononcée par plusieurs lois royales, par les Douze Tables et par quelques autres lois du commencement de la République. Celui qui encourait cette peine était hors la loi et pouvait être mis à mort impunément.

II. — Cette acception du mot *caput* permet aussi de comprendre une expression que l'on retrouve chez les jurisconsultes classiques, et jusque dans les compilations de Justinien, la *capitis deminutio*.

La *capitis deminutio* est la perte du *caput*, la radiation des listes du cens, par conséquent la perte du droit de cité. N'est-ce pas aussi, dans certains cas, soit la perte des droits de famille, soit la perte de la liberté ? Certains textes distinguent, en effet, trois sortes de *capitis deminutio* (3); mais d'autres n'en distinguent que deux, en laissant de côté celle qui résulte de la perte de la liberté (4). Dans l'ancienne Rome, celui qui avait perdu le droit

(1) Un passage de Liv., I, 44, pourrait faire croire que ce chiffre ne s'appliquait qu'aux hommes appartenant à l'armée : il prouve simplement que les soldats étaient comptés à part, sans préjudice du dénombrement général de tous les membres de la cité. S'il en était autrement, on ne comprendrait pas un passage du même historien (XIII, 3), qui donne le chiffre des citoyens, en exceptant les enfants et les femmes *sui juris;* si l'on ne compte que les hommes appartenant à l'armée, il serait bien inutile de retrancher du total le chiffre des enfants et des femmes. Il y avait, en réalité, trois listes : 1° une liste générale; 2° une liste spéciale comprenant les militaires : c'est à cette liste que fait allusion Denys, IX, 36, lorsqu'il dit que les censeurs comptèrent cent trente-trois mille citoyens, y compris τοὺς ἐν ἥβῃ παῖδας; 3° une autre liste générale comprenant les enfants et les femmes *sui juris*. Voyez cependant Voigt, I, 320. D'après lui, les hommes pubères étaient seuls inscrits sur les listes des tribus et des citoyens. Il se fonde sur P. Diac. : *Improlus qui nondum esset adscriptus in civitate*. Mais s'il n'y avait pas une liste spéciale pour les impubères et les *orbæ*, comment aurait-on pu déterminer les personnes tenues de l'*æs hordearium?* Le fragment de P. Diacre doit s'entendre de la liste des militaires.

(2) Pseud., 225; Pers., 36; Poen., prol., 24.

(3) La *maxima c. d.* a lieu lorsqu'on perd à la fois la cité et la liberté; la *media c. d.*, lorsqu'on perd la cité tout en conservant la liberté; la *minima c. d.*, lorsque, en restant libre et citoyen, on subit un changement dans son état civil. Gaius, I, 159-162.

(4) Ulp., 12 ad Sab., D., XXXVIII, 16, 1, 4.

de cité n'avait pas plus de droits qu'un esclave ; dès lors il n'y avait aucun intérêt à distinguer la perte de la cité de la perte de la liberté. Lorsque, plus tard, le droit romain cessa d'avoir un caractère exclusivement national, la perte de la cité cessa d'entraîner nécessairement la perte de la liberté.

Reste à expliquer comment la *capitis deminutio* peut être considérée comme résultant de la perte des droits de famille si, dans la réalité, le *caput* ne désigne que la qualité de citoyen (1). Il y a eu ici une extension admise par une raison facile à indiquer. L'inscription sur les registres du cens faisait connaître la situation civile (*status*) en même temps que la situation pécuniaire des membres de la cité. Tout chef de maison devait déclarer sous serment : 1° la nature de ses biens ; 2° leur valeur ; 3° ses ancêtres ; 4° son âge ; 5° le nom de la femme qu'il avait épousée *liberorum quærendorum causa ;* 6° les noms et l'âge de ses enfants ; 7° la tribu et le *pagus* où était sa maison (2). Tout changement survenu dans la situation civile de l'une des personnes composant la maison entraînait une modification de l'inscription qui le concernait, et par suite une *capitis deminutio.* Mais tout changement dans la situation de la personne au point de vue de la famille n'avait pas pour conséquence une modification de sa situation civile : dans ce cas il n'y avait plus *capitis deminutio.*

Si la *capitis deminutio* appliquée aux droits de famille avait été indépendante de la *c. d.* portant sur la situation de la personne au point de vue du cens, la *capitis deminutio minima* aurait dû se produire toutes les fois que la situation de cette personne dans la famille aurait été modifiée. Cette conclusion est démentie par les textes : le fils qui, à la mort de son père, devient chef de maison, ne subit pas de *capitis deminutio.* Il en est de même du fils ou de la fille qui cessent d'être sous la puissance paternelle, lorsqu'ils ont été choisis pour être flamine ou vestale. Dans aucun de ces cas, en effet, il n'y a rien à changer à l'inscription qui les concerne sur les registres du cens. Il n'y a pas, pour employer l'expression de Gaius, d'Ulpien et de Justinien (3), *status commutatio.*

Au contraire, si un fils de famille est donné en adoption, son nom, qui jusqu'alors était inscrit à côté de celui de son père, sera rayé, puis reporté à côté de celui de l'adoptant : ici il y aura *capitis deminutio.* De même pour la femme qui passe sous la *manus*

(1) On n'est pas d'accord sur la solution à donner à cette question. Voy. SAVIGNY, *System,* II, 443 ; SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. R.,* 1852, t. I, p. 235 ; KUNTZE, II, 101 ; PERNICE, *Labeo,* I, 176 ; MOMMSEN, III, 8, n. 3 (7, n. 4).
(2) DENYS, IV, 25 ; V, 75 ; IV, 15 ; GELL., IV, 3 ; XVII, 21.
(3) GAIUS, I, 162 ; ULP., XI, 13 ; INST., I, 16 pr., 3.

de son mari, pour le chef de maison qui se laisse adroger et pour les enfants qu'il avait sous sa puissance.

Quant au fils, qui était seulement mancipé par son père, sa situation était en suspens : provisoirement il était traité comme un esclave, par conséquent il perdait le droit de cité et subissait une *capitis deminutio* (1). Mais s'il venait à être affranchi, il recouvrait immédiatement tous ses droits (2). Nous avons vu que l'enfant mancipé demeurait inscrit à côté de son père, avec une mention indiquant la personne qui avait sur lui le *mancipium*, par exemple *Publii servus*. Cette mention était rayée le jour où l'enfant se faisait affranchir par le cens. En cas d'émancipation, l'enfant était inscrit à côté de celui qui lui avait donné la liberté. Si même le tiers acquéreur l'avait, suivant l'usage, remancipé à son père, l'enfant était de nouveau inscrit à côté de son père, non plus comme fils, mais comme affranchi.

La conclusion qui ressort de ce qui précède, c'est que le *caput* ne désigne nullement, comme on l'a prétendu, la capacité juridique. Le *caput* n'est que l'un des éléments de la capacité. Depuis les réformes de Servius, pour être capable, il ne suffit pas de figurer sur les listes du cens, il faut encore être chef de maison (3).

III. — Le citoyen qui vient de subir une *capitis deminutio* est considéré comme un homme nouveau (4). Aux yeux de l'État, ce n'est plus la même personne qui figurait précédemment sur les listes du cens. La *capitis deminutio* entraîne une espèce de mort civile : elle en produit les effets. Ces effets sont identiques, quelle que soit la cause de la *capitis deminutio*. Il n'y a pas à distinguer entre les trois *capitis deminutiones* (5).

1° La *capitis deminutio* avait pour effet de briser les liens d'agnation, et par suite de faire perdre tous les droits fondés sur la qualité d'agnat, c'est-à-dire la vocation à la *familia* d'un agnat mort intestat, ainsi que la vocation à la tutelle et à la curatelle légitimes. Subie par une personne *sui juris*, elle lui faisait perdre tous les droits qui appartiennent à un maître de maison (6).

(1) P. Diac. : *Deminutus capite* appellabatur... qui liber alteri mancipio datus est.
(2) Gaius, I, 135.
(3) Le fils de famille était incapable : cependant il avait un *caput*, il était inscrit sur les listes du cens à côté de son père. Il y avait même un mot spécial pour caractériser cette double inscription : c'est le mot *duicensus*. P. Diac. : *Duicensus* dicebatur cum altero, id est cum filio, census.
(4) Cf. Labbé, Appendice aux *Instituts* d'Ortolan, II, 701.
(5) La *capitis deminutio* produit, en droit classique, plusieurs autres effets que nous nous contenterons en ce moment d'indiquer : elle éteint les droits d'usufruit et d'usage, ceux qui résultent d'une *adstipulatio* ou d'un *judicium legitimum* (Gaius, III, 83, 114; IV, 104); elle infirme le testament (Gaius, II, 145); elle dissout le contrat de société (Gaius, III, 153).
(6) Gaius, I, 158.

2° La *capitis deminutio* brise également les liens de gentilité. Cicéron présente comme l'un des traits distinctifs de la gentilité l'absence de toute *capitis deminutio;* mais il est impossible d'attribuer une valeur absolue à cette condition (1). Il est certain, par exemple, que l'adrogé entre dans la *gens* de l'adrogeant, et qu'on ne pourra lui opposer, lorsqu'il réclamera l'hérédité de celui-ci, la *capitis deminutio* qu'il a subie en cessant d'être *sui juris*. Cette *capitis deminutio* l'empêchera seulement de faire valoir son droit à l'hérédité des membres de la *gens* dont il faisait primitivement partie. Il en serait de même de la femme qui serait mariée hors de sa *gens* et serait passée sous la *manus* de son mari. Il ne paraît pas moins certain que la règle ne s'applique ni à l'enfant adopté par un membre de sa *gens,* ni à la femme qui s'est mariée avec un de ses *gentiles* et qui est passée sous la *manus* de son mari.

Quel est donc le sens de la règle rapportée par Cicéron? Il est probable qu'elle s'appliquait, en principe, à ceux qui sortaient de la *gens* sans perdre, comme l'adrogé, leur nom gentilice, aux enfants qui avaient été l'objet d'une émancipation ou d'un abandon noxal. Si, plus tard, un de leurs descendants s'avisait de réclamer la succession d'un membre de la *gens* dont il portait le nom, on était en droit de lui opposer la *capitis deminutio* subie par son ancêtre et dont les registres du cens gardaient la trace.

3° Les droits de patronat s'éteignent par la *capitis deminutio* subie par le patron ou par l'affranchi (2).

4° La *capitis deminutio* produisait encore un effet assez singulier que nous avons déjà signalé : le citoyen *sui juris* qui se donne en adrogation, la femme *sui juris* qui passe sous la *manus* de son mari, ne sont pas tenus des dettes qu'ils ont contractées avant la *capitis deminutio*. C'est la conséquence rigoureuse de ce que l'un et l'autre sont actuellement incapables d'avoir un patrimoine. Il est d'ailleurs probable qu'avant d'approuver l'adrogation, les pontifes exigeaient que l'adrogé eût préalablement acquitté ses dettes (3). Le préteur est venu au secours des créanciers d'une manière plus générale, en les autorisant à agir contre leur débiteur comme s'il n'avait pas subi de *capitis deminutio* (4). Du reste, même dans l'ancien droit, la règle ne s'appliquait pas aux obliga-

(1) Cic., Top., 6. Cf. Mommsen, III, 61 (67); H. Michel, *Le droit de cité romaine,* 1885, p. 168.

(2) Gaius, III, 51, 83.

(3) Cf. J.-E. Labbé, *Du mariage romain et de la* manus (*Nouv. Rev. histor.,* 1887, p. 6).

(4) Gaius, IV, 38.

tions résultant des délits commis par l'adrogé ou par la femme avant la *capitis deminutio* (1).

CHAPITRE V

Le mariage.

I

NOTION DU MARIAGE.

Le mariage est de toutes les institutions romaines celle qui devrait être le mieux connue. Il n'en est pas cependant qui ait donné lieu à plus de controverses. Le caractère, le mode de formation, les conditions de validité, les effets du mariage, tout est matière à discussion. On n'est guère d'accord que sur un point, mais qui a son importance, sur la notion même du mariage. Pourtant les difficultés du sujet sont de même ordre que celles que présentent les autres institutions qui se rattachent au droit de la famille, la puissance paternelle par exemple. Le législateur a, pendant longtemps, respecté l'autonomie des *gentes* en ce qui touche les rapports du chef de famille avec les personnes qui demeurent auprès de lui. Il a évité de s'immiscer dans l'administration intérieure de la famille ; il n'est intervenu que rarement, non pour réglementer des rapports d'une nature trop délicate pour sa main encore un peu lourde, mais pour autoriser le chef à faire certains actes qui dépassent le cercle de la famille, ou pour garantir ses droits en leur donnant une précision qu'on ne saurait demander à la coutume.

La loi ne s'est pas plus occupée de poser des règles sur la formation du mariage que sur la formation de la puissance paternelle : dans les deux cas, le chef de famille est souverain. De sa volonté dépend l'entrée de la femme dans la famille à titre d'épouse, tout aussi bien que l'entrée de son enfant à titre de fils. La loi n'a été ici que le complément de la coutume. Vouloir

(1) Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 5, 2, 3. Lorsque la *capitis deminutio* résulte de la perte de la liberté ou de la cité, les créanciers ont, en droit classique, une action contre celui qui est devenu le maître de l'esclave ou contre le fisc. Ulp., eod., 2 pr.; Jul. ap. Paul, 11 ad Ed., D., eod., 7, 2; Jav., 9 Epist., D., XLIX, 14, 11.

retracer la physionomie d'une institution, sans tenir compte des traits qu'elle doit à la coutume, c'est s'exposer à la défigurer. Cette observation, que l'on a faite pour la puissance paternelle, n'est pas moins vraie pour le mariage. Pourtant il semble qu'on n'ait pas appliqué à l'étude de cette institution une méthode qu'on a heureusement suivie pour les institutions similaires : c'est là, sans aucun doute, la cause principale des difficultés qu'on a rencontrées.

Voyons d'abord quelle était, dans la Rome antique, la notion du mariage.

Le mariage avait pour but la procréation des enfants (1). Pour les Romains des premiers siècles, c'était là une question bien autrement importante que pour leurs descendants dégénérés du temps des empereurs. Alors que l'État se composait d'une agrégation de *gentes* et de maisons, il était d'un intérêt majeur pour le chef de chaque groupe d'en assurer la perpétuité et, si faire se pouvait, d'en accroître la puissance. De là le respect dont la femme était entourée durant le mariage, la déférence qu'avaient pour elle tous les membres de la maison, la considération dont elle jouissait dans la cité. C'est grâce à elle que le foyer ne restait pas désert, que les mânes des ancêtres reposaient en paix, certains qu'il y aurait toujours des enfants pour leur rendre les devoirs aux époques accoutumées.

Cette conception du mariage entraînait plusieurs conséquences : 1° le mariage établissait entre les époux une entière communauté d'existence ; il impliquait la participation de la femme au culte et à la famille du mari (2) ; 2° la polygamie était interdite. L'homme ne pouvait avoir en même temps deux femmes légitimes. On flétrissait du nom de *pellex* la femme qui consentait à vivre avec un homme marié. Une loi attribuée à Numa lui défendait de toucher à l'autel de Junon (Lucina) ; en cas de contravention, elle devait à la déesse un sacrifice expiatoire (3) ; 3° le mariage était en principe contracté pour toute la vie ; mais, si l'épouse était stérile, le mari avait le devoir de la répudier.

(1) Il était contracté *liberum quæsundum gratia*. Les textes abondent : GELL., IV, 3, 2; XVII, 21, 44; ENNIUS ANDRON., dans FESTUS, v° *Quæso*; PLAUT., Capt., IV, 2, 109; Aul., II, 1, 25; VAL. MAX., VII, 7, 4; HOR., Ep., I, 2, 44; SUET., Caes., 52; PROB., C. J., V, 4, 9.

(2) MODESTIN, 1 Reg., D., XXIII, 2, 1 : Nuptiæ... consortium totius vitæ, divini et humani juris communicatio. INST., I, 9, 1 : Individuam vitæ consuetudinem continens. GORDIEN, C. J., IX, 32, 4 : Uxor... socia rei humanæ atque divinæ, domum suscipitur. Ce sont là, il est vrai, des pensées empruntées aux philosophes grecs. Cf. PLATON, *De leg.*, IV, p. 364, 14; ARISTOTE, In Stob., Fel., II, 7, p. 322; mais chez les Grecs comme chez les Romains le mariage était contracté παίδων ἐπ' ἀροτῳ γνησίων. MENANDER, fr., 185, DID.; ESCHYLE, *Agam.*, 1166.

(3) ROSSBACH, *Die röm. Ehe*, 288.

II

FORMATION DU MARIAGE.

I. — Le mariage exige-t-il, pour sa formation, l'intervention de l'État? La loi a-t-elle posé des règles pour la célébration du mariage? Est-ce, au contraire, un acte d'ordre purement privé, qui s'accomplit tout entier dans le cercle de la famille? Les documents juridiques sont muets sur les conditions requises pour la formation du mariage dans l'ancien droit ; ils se bornent à dire comment s'acquiert la *manus* sur la femme mariée. Que doit-on en conclure? Que par ce côté seulement le mariage touchait à la sphère du droit, et qu'à tous autres égards la loi ne s'en était pas occupée.

La plupart des interprètes arrivent à une conclusion différente. Ils affirment que le mariage avait toujours pour conséquence la *manus;* par suite, les trois modes d'acquérir la *manus*, l'*usus,* le *farreus,* la *coemtio*, seraient en même temps les trois modes de formation du mariage. L'assertion qui sert de point de départ à ce raisonnement ne repose sur aucun texte. On est même forcé de reconnaître que, de très bonne heure, elle a cessé d'être vraie, car les Douze Tables, réglementant une coutume certainement antérieure, indiquent de quelle manière la femme pourra empêcher son mari d'acquérir la *manus* par l'usage. Le mariage, au temps des décemvirs, et même auparavant, pouvait donc avoir lieu *sine manu*. D'autre part, il paraît assez étrange de trouver dans une législation encore rudimentaire des formes multiples pour un seul et même acte. L'histoire du droit tout entière proteste contre cette supposition : le droit romain primitif est d'une pauvreté qu'on a maintes fois signalée, quant aux formes des actes juridiques. Nous aurons l'occasion de montrer comment la jurisprudence s'est ingéniée à tirer parti du nombre extrêmement limité de formes qu'elle avait à sa disposition.

On a essayé de répondre à cette objection. Les trois formes du mariage, a-t-on dit, ont chacune leur raison d'être : le *farreus* est pour les patriciens ; la *coemtio* pour les plébéiens ; quant à l'*usus*, il sert à remédier aux irrégularités de la *coemtio*. Ce sont là de pures hypothèses qui, même à ce titre, sont loin d'être satisfaisantes.

Si le *farreus* est réservé aux patriciens, et que l'*usus* ne serve qu'à couvrir les irrégularités d'un mariage plébéien, le *farreus*

serait la seule forme de mariage usitée à l'origine, alors que tous les membres de la cité étaient patriciens. Mais le mariage *farreo* suppose l'intervention de l'État; il a lieu en présence de dix témoins, et avec la coopération du grand pontife et du flamine de Jupiter, qui doivent prononcer des formules de prières dont la teneur a été fixée par les lois royales. Ce n'est plus un acte domestique, c'est un acte public placé sous la protection des dieux de l'État. Est-il croyable que les chefs des *gentes* qui fondèrent la cité aient abdiqué ici leurs pouvoirs entre les mains du roi, alors qu'en toute autre circonstance ils se montrent si jaloux de leur autonomie? Cela est-il croyable, surtout pour un acte d'un caractère aussi intime que le mariage?

Quant à la *coemtio*, si elle est spéciale aux plébéiens, elle a dû s'introduire à l'époque où ils ont été admis dans la cité, c'est-à-dire tout au moins sous Servius. Mais le caractère de la *coemtio* ne se prête guère à cette hypothèse. La *coemtio* est un acte imaginaire par lequel le mari achète sa femme en présence de cinq témoins, citoyens romains et pubères, et d'un porte-balances (1). C'est une application de la mancipation, mais une application forcée, car la mancipation est détournée de son but normal, qui est l'acquisition de certaines catégories de choses comprises dans le patrimoine. Ici, la mancipation sert à éteindre le droit du père de la femme et à faire acquérir au mari la *manus*. A quelle époque la loi a-t-elle autorisé cet emploi arbitraire de la mancipation? Les Douze Tables déclarent déchu de son droit le père qui mancipe trois fois son fils. Nous avons vu que cette règle fut utilisée par les interprètes pour éteindre le droit du père sur son fils dans tous les cas où c'était nécessaire. Au lieu de faire une mancipation réelle, on la faisait pour la forme et pour un prix fictif. Mais comme cette triple mancipation n'était exigée, par la lettre de la loi, que pour les fils, les légistes se contentèrent d'une seule mancipation pour les filles. C'est ainsi que la *coemtio* servit à acquérir la *manus* dans le mariage. Quoi d'étonnant que cette mancipation dénaturée produise un effet tout autre que la mancipation ordinaire, et fasse naître les rapports d'agnation? Mais, en même temps, on conviendra que cette extension de la règle consacrée par les Douze Tables n'a pu être admise qu'un certain temps après la promulgation de la loi. Si donc la *coemtio* n'est pas antérieure au quatrième siècle de Rome, quelle a été la forme du mariage applicable aux plébéiens depuis le règne de Servius?

On a été ainsi conduit à dire que la *coemtio* n'eut pas, à l'ori-

(1) Gaius, I, 113.

gine, un caractère symbolique. Les Romains auraient connu cette forme grossière de mariage que l'on trouve dans les sociétés primtives et qui se serait conservée dans un état de civilisation plus avancé : le mari aurait acquis sa femme comme une esclave, en l'achetant à son père pour un prix déterminé (1). Les textes, il est vrai, ne font pas la moindre allusion à cet usage, mais, dit-on, cette conjecture trouve sa justification dans la faculté reconnue au père de manciper ses enfants. Pourquoi le mari n'aurait-il pu acheter sa femme, alors que le père pouvait vendre sa fille?

La faculté qu'on attribue au père n'est nullement démontrée. La mancipation d'un enfant était si peu une vente, qu'elle pouvait être renouvelée plusieurs fois. Il a fallu une disposition des Douze Tables pour limiter l'exercice de ce droit à une triple mancipation. Auparavant le maître de maison ne pouvait faire une vente véritable de son enfant que dans un seul cas : à l'étranger (*trans Tiberim*), et au profit d'un étranger. L'achat réel de la femme par son mari est donc très problématique. Même en admettant l'existence de cet usage à Rome, on arrive à une conclusion inacceptable. Si la *coemtio* a coexisté avec la *confarreatio* dès la fondation de Rome, comment croire qu'elle ait été abandonnée pendant plus d'un siècle par la volonté des rois, puis rétablie à l'usage des plébéiens? On ne change pas un usage profondément enraciné dans les mœurs du peuple aussi facilement qu'une règle arbitraire introduite par un législateur. Mais alors, à qui s'appliquait cette forme de mariage tant que les patriciens furent les seuls membres de la cité?

On voit combien d'objections on rencontre en confondant les modes d'acquérir la *manus* avec les modes de formation du mariage. Il faut reconnaître que la loi s'est abstenue de poser des règles sur la formation du mariage. Elle a respecté à cet égard l'autonomie des maîtres de maison. Le mariage est resté un acte d'ordre purement privé, qui n'est soumis pour sa formation à d'autres règles que celles qui résultent des usages domestiques et de la religion. La loi s'est bornée à établir certaines solennités qui peuvent s'ajouter aux cérémonies ordinaires du mariage et qui lui font produire des effets particuliers.

II. — Voyons d'abord quelles étaient, d'après les usages, les conditions requises, dans la Rome antique, pour la formation du mariage. Il y en avait deux :

(1) Rossbach, *Röm. Ehe*, 88; Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 24; Bourcart, sur Muirhead, *Introd. histor.*, 579. Cf. Kohler, *Studien über Frauengemeinschaft, Frauenraub und Frauenkauf* (Z. f. vgl. Rw., 1884, V, 335); Hellwald, *Die menschliche Familie*, 314. Voy. en sens contraire, Esmein, *Mélanges*, 5.

1° L'accord des volontés des chefs de famille des deux futurs époux, si, comme il arrivait d'ordinaire, ils étaient *alieni juris*. Dans le cas contraire, l'accord des volontés du futur mari et du tuteur de la jeune fille. On remarquera qu'on n'exige dans aucun cas le consentement de la jeune fille, ni même celui du futur mari s'il est fils de famille. Pour l'un comme pour l'autre, la volonté du père est un ordre (*jussus*) (1). Cette règle s'explique à une époque où le chef de famille a le devoir d'assurer la perpétuité de sa race : il doit pouvoir contraindre au mariage le fils qui voudrait s'y refuser (2).

2° L'accomplissement de certaines cérémonies.

L'accord des volontés des chefs de famille résultait des fiançailles (*sponsalia*). Comme le mariage lui-même, les fiançailles étaient un acte dépourvu de tout caractère juridique, un simple pacte. L'inobservation de ce pacte ne donnait lieu à aucun recours en justice. Les fiançailles sont toujours demeurées, à Rome, en dehors de la sphère du droit : cela est conforme à l'esprit du droit romain, qui est de réglementer le moins possible la matière du mariage (3).

Les cérémonies qui accompagnent le mariage sont au nombre de trois principales :

1° La première consiste à prendre la main droite de la jeune fille et à la mettre dans la main droite du mari (*dextrarum junctio*) (4). Il est de bon augure de choisir pour cet office une femme qui n'a été mariée qu'une fois (5). La jeune fille est désormais confiée au mari, qui sera son protecteur et qui deviendra son maître, si elle n'a soin, chaque année, d'interrompre l'usucapion (6).

(1) Gell., II, 7, 18 : in ejusmodi omnium rerum generibus patri parendum esse censent, veluti si uxorem ducere imperet. Sen., Contr., II, 3, 2 : duxi uxorem quam pater jusserat. Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 11, 4.

(2) Cf. Voigt, II, 685. Accarias, I, 194, n'admet pas que le père ait pu contraindre son fils au mariage : ce serait, dit-il, contraire à la règle *nemo invitus heredes suos habere potest*. En bonne logique il devrait en être ainsi, mais les textes précités paraissent prouver que les Romains des premiers siècles ne s'étaient pas laissé arrêter par cette objection. Cf. Marquardt, VII, 32.

(3) Voigt, II, 682, pense que les fiançailles étaient à Rome un acte unilatéral, comme en Grèce (Meier et Schömann, Att. pr., 411); il en était autrement chez les peuples du Latium : les fiançailles y donnaient lieu à une double stipulation sanctionnée par l'action *de sponsu*. Servius Sulpicius, *De dotibus*, dans Gell., IV, 4. Cf. le texte rectifié par Mommsen, in *symbolæ* Bethmanno Hollwegio oblatæ, p. 99; Marquardt, VII, 40; Ihering, II, 219. Divers passages de Plaute permettent de reconstituer la formule traditionnelle de la *sponsio* usitée pour les fiançailles. « Spondesne Seiam filiam tuam Lucio filio meo uxorem dari? Dii bene vortant! Spondeo. » (Aulul., II, 2, 208; Trin., II, 4, 98.) Cf. Rossbach, 394.

(4) Claud., *Epith.*, 124. Cette scène est représentée sur divers sarcophages et sur des monnaies antiques. Rossbach, 308, 376, 386.

(5) Festus, v° *Pronubæ*.

(6) L'expression *in manum convenire* a sans aucun doute son origine dans la cérémonie qui vient d'être indiquée.

2° Les fiancés offraient ensuite un sacrifice pour obtenir de la faveur des dieux la fécondité du mariage et pour assurer ainsi la perpétuité de la famille (1).

3° A l'entrée de la nuit, trois jeunes garçons (2) allaient chercher la fiancée et, après un rapt simulé, la conduisaient dans la maison de son mari (*domum deductio*). Elle y était reçue, à l'entrée de l'*atrium*, avec l'eau et le feu (3). En offrant à son épouse ces deux éléments indispensables à la vie aussi bien qu'à l'entretien du culte, le mari manifestait sa volonté d'admettre la jeune fille dans la famille et de l'associer à son culte domestique. Dès le lendemain du mariage, la jeune femme offrait un sacrifice au lare et aux pénates de la maison, en présence de tous les invités.

Les cérémonies que nous venons de décrire sont communes à tous les mariages patriciens ou plébéiens (4). Bien que les auteurs qui nous les font connaître aient vécu longtemps après l'époque royale, il n'est pas contraire à la vraisemblance historique de penser que ces coutumes remontent à une haute antiquité (5). Il y a d'autant plus de raison de le croire qu'au temps où ils écrivaient, la loi avait commencé à réglementer les rapports de famille, et que l'existence du mariage dépendait de l'accord des volontés des futurs époux. Les cérémonies religieuses s'étaient maintenues cependant par la force de l'habitude ; les mœurs, plus fortes que la loi, en imposaient l'accomplissement alors qu'elles avaient cessé d'être obligatoires.

III

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

Ces conditions résultent, les unes de la coutume des ancêtres,

(1) Serv. in Virg., Æn., III, 136. D'ordinaire, on immolait une truie. Varr., R. r., II, 4, 9, atteste que cet usage remonte à une haute antiquité, et qu'il était commun aux Latins et aux Grecs établis en Italie.

(2) Festus, v° *Patrimi et matrimi.*

(3) Serv. in Æn., IV, 103; Scaev., 9 Dig., D., XXIV, 1, 66. C'est devant la porte (Auctor de prænom., 7) que la femme prononçait la formule consacrée : *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*, ce qui signifie, d'après Plut., Quæst. Rom., 30 : Là où tu es le maître, moi je suis la maîtresse. Un passage de Cicéron, p. Mur., 12, a donné à penser que cette formule était particulière à la *coemtio*. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Cf. Karlowa, *Röm. Ehe*, 27; Kuntze, II, 585; Voigt, II, 692; Leist, *Altarisches* j. g., 161. D'après Mommsen, III, 35 (38), cette formule s'appliquerait exclusivement au cas où la femme entre dans la *gens* du mari : c'est en effet le seul cas où elle prenne le nom du mari.

(4) Bloch, *Les origines du Sénat*, p. 269, dit très justement que les croyances étaient le patrimoine de la race, et non le lot exclusif d'une élite. Cf. Karlowa, *Röm. Ehe*, 44.

(5) On en trouve d'analogues chez les Hindous. Leist, *Altarisches* j. g., 150.

les autres de lois royales. Elles sont relatives, soit au moment de la vie à partir duquel le mariage est possible, soit aux personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu.

I. — L'ancien droit romain ne s'est pas occupé de fixer l'âge à partir duquel l'homme ou la femme peuvent se marier. C'est au chef de famille de décider si et quand son enfant doit se marier. Dans la pratique, on autorisait le mariage à dater de la puberté, par conséquent à une époque variable suivant les individus. Les termes usités pour désigner le moment où le mariage devenait possible (*pubes, viripotens*) prouvent que l'on tenait compte exclusivement de l'état physique de la personne. L'âge moyen était douze ans pour les filles, quatorze ans pour les garçons (1).

II. — Les règles relatives aux personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu sont ou générales ou particulières, les unes aux plébéiens, les autres aux patriciens.

1° *Règles générales*. — Les règles générales concernent les empêchements résultant de la parenté ou de la qualité d'affranchi.

a) Le mariage entre parents est interdit jusques et y compris le sixième degré (2). Cette règle ne comporte d'application qu'en ligne collatérale, c'est-à-dire entre personnes qui descendent d'un auteur commun, mais qui ne descendent pas l'une de l'autre; en ligne directe, c'est-à-dire entre personnes qui descendent l'une de l'autre, l'intervalle qui séparerait un ascendant de son descendant au sixième degré dépasserait les limites de la vie humaine.

En ligne directe, les degrés de parenté se déterminent par le nombre de générations : le fils est au premier degré par rapport à son père, au deuxième degré par rapport à son grand-père. En ligne collatérale, on compte le nombre de générations qui séparent chacune des personnes de l'auteur commun, et l'on fait l'addition : le neveu est au troisième degré par rapport à son oncle, les cousins germains sont entre eux au quatrième degré.

Les empêchements résultant de la parenté, dans la Rome antique, sont plus étendus que dans le droit classique et dans les législations modernes; ils sont même plus étendus qu'ils ne l'étaient chez les Grecs à la même époque. La raison en est sans doute qu'on les a déterminés en se plaçant au point de vue de la famille agnatique et en tenant compte de son organisation patriarcale. Le

(1) FESTUS, v° *Pubes*.

(2) LIV., XX, frg., in Hermes, 1870, p. 372 : P. Celius patricius primus adversus *veterem morem* intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius, sponsam sibi præripi novo exemplo nuptiarum dicens, seditionem populi concitavit adeo ut patres territi in Capitolium perfugerent. (Entre 513 et 535.) Un demi-siècle plus tard, l'usage avait changé : les mariages entre cousins étaient permis. (LIV., XLII, 34.) Cf. TAC., Ann., XII, 6.

plus souvent les fils restaient, après leur mariage, groupés autour de leur père, habitant en commun avec lui. Le mariage a dû être interdit entre personnes vivant ensemble sous le même toit. En tenant compte de la durée de la vie humaine et de l'âge où l'on pouvait se marier, on s'explique aisément qu'on n'ait pas admis le mariage jusques et y compris le degré de cousin issu de germain. S'il en fut autrement chez les Grecs, c'est que le régime patriarcal s'y est conservé moins longtemps que chez les Romains. Les liens de la famille étaient moins étroits ; les enfants abandonnaient la maison paternelle après leur mariage, pour fonder une famille nouvelle. C'est pour la même raison que la puissance paternelle prenait fin lorsque le fils arrivait à l'âge de sa majorité.

La raison qui a fait interdire le mariage entre agnats n'implique pas l'existence des liens du sang : l'enfant qui est entré dans la famille par une adoption sera traité, tant qu'il restera dans la famille, comme les enfants issus du mariage du chef. S'il vient à être émancipé, l'empêchement disparaîtra, à moins qu'il ne s'agisse d'une fille (1).

Les Romains ne se sont pas bornés à interdire le mariage entre agnats ; ils l'ont prohibé également entre cognats : en cette matière, ils prennent en considération les liens du sang, sans rechercher si les futurs époux appartiennent à la même maison. Dans tous les cas, la règle est la même : il y a empêchement jusqu'au sixième degré. Sans doute, les enfants et petits-enfants issus du mariage d'une fille appartiennent à une autre maison que les descendants issus du mariage d'un frère de leur mère ou de leur grand'mère : il n'importe. Entre les deux maisons il existe des rapports d'intimité assez grands pour qu'on ne fasse pas de différence, quant au mariage, entre agnats et cognats. Ces rapports d'intimité se manifestaient extérieurement par la fête de *caristia,* où personne n'était admis en dehors des cognats et des alliés (2). Ils motivaient les devoirs dont les cognats étaient tenus les uns envers les autres : devoirs de fidélité (3), de secours, d'assistance en cas de besoin (4), ainsi que le devoir de pleurer les morts (5). Les cognats étaient appelés au tribunal domestique, lorsque le chef de famille avait à juger sa femme ou la femme d'un de ses enfants. Enfin, et c'est là une des causes qui ont dû particulièrement contribuer à faire établir la prohibition du mariage, les cognats avaient vis-à-vis de

(1) Paul, 35 ad Ed., D., I, 7, 23; Gaius, I, 59.
(2) Val. Max., II, 1, 8. Elle était célébrée le 22 février.
(3) Sab., 3 jur. civ., ap. Gell., V, 13.
(4) Plut., Cam., 12; Liv., XXXVIII, 60.
(5) Paul, I, 21, 13; Plut., Num., 12.

leurs cognates le *jus osculi*, à moins qu'elles ne s'en fussent rendues indignes par leur conduite déréglée (1).

Une autre cause d'empêchement à mariage résulte de l'alliance. L'alliance est le rapport qui existe entre chacun des époux et les parents de l'autre. Dans l'ancien droit, à l'inverse de ce que nous venons de constater pour la cognation, les empêchements résultant de l'alliance sont moins étendus qu'ils ne le furent par la suite; ils n'existent qu'entre alliés en ligne directe. Le beau-père ne peut épouser sa bru, qui est entrée comme une fille dans sa famille. La belle-mère ne peut non plus épouser son gendre. Mais ces empêchements résultent de la loi religieuse, et non du droit civil (2).

Il en est de même, d'ailleurs, des empêchements provenant de la parenté. On ne trouve la trace d'aucune sanction civile jusqu'à la fin de la République. C'est une nouvelle preuve que le mariage fut, dans le principe, étranger à la sphère du droit (3).

b) Entre ingénus et affranchis, le mariage fut interdit jusqu'à Auguste. Une exception fut faite en 568, par un sénatus-consulte, en faveur de l'affranchie Hispalla Fecenia, pour la récompenser d'avoir dénoncé l'association des Bacchanales (4). Les termes du sénatus-consulte donnent à penser que cette prohibition n'avait d'autre sanction que le blâme du censeur; et cette conclusion paraît confirmée par ce fait que, dès le temps de Cicéron, alors que l'opinion publique était plus tolérante, on ne considérait pas comme illégale l'union d'un ingénu avec une affranchie (5).

2° *Règles particulières aux plébéiens.* — En admettant les plébéiens dans la cité, on leur reconnut par cela même le droit de fonder des familles et de transmettre à leurs enfants les privilèges attachés à la qualité de citoyen (6). Ils avaient d'ailleurs, en vertu d'une coutume commune aux peuples gréco-italiques, la *potestas* sur leur femme et leurs enfants. Mais jusqu'au début du quatrième siècle, le droit qu'ils avaient sur eux n'était garanti que par le roi ou les consuls. Les Douze Tables leur assurèrent la protection

(1) Festus, v° *Osculo*. Cic., De Rep., IV, 6, 6 : si qua erat famosa ei cognati osculum non ferebant. Ce texte permet de déterminer le caractère du *jus osculi* que n'a pas compris Klenze, *Das Familienrecht der Cognaten und Affinen nach römischen und verwandten Rechten*, 1828, p. 18. Cf. Voigt, *J. N.*, III, 1170.

(2) Cic., P. Cluent., 5, dit que l'union entre une belle-mère et son gendre est un acte contraire au *fas*, un *scelus*.

(3) Cf. Rossbach, 444.

(4) Liv., XXXIX, 19 : uti ei ingenuo nubere liceret neu quid ei qui eam duxisset ob id fraudi ignominiæve esset.

(5) Cic., P. Sest., 52 : non libidinis causa, sed ut plebicola videretur, libertinam duxit uxorem. Cf. Mommsen, III, 430 (13²).

(6) Karlowa, *Röm. Ehe*, 43; Mommsen, III, 79 (87).

de la loi, et dès lors ils purent invoquer le droit des Quirites. Il sembla inutile et même impossible d'aller plus loin et de leur accorder la faculté de contracter mariage avec des patriciens.

Plébéiens et patriciens appartenaient comme à des races différentes. Les enfants qui seraient nés de pareilles unions auraient été de sang mêlé, ce qui paraissait une monstruosité (1). En inscrivant dans les Douze Tables une règle consacrée par la coutume, les décemvirs voulurent sans doute exprimer que l'égalité des citoyens au point de vue du droit privé n'impliquait pas l'égalité au point de vue du droit sacré. C'était bien mal connaître le cœur humain. L'insertion dans la loi de cette prohibition sembla injurieuse pour la plèbe. Ceux qui n'avaient pas songé à se plaindre d'une exclusion consacrée par l'usage ne se résignèrent pas à la subir, dès qu'elle constitua, d'après la loi, un signe d'infériorité. Le tribun de la plèbe Canuleius mena une campagne vigoureuse contre l'ostracisme dont on avait frappé les plébéiens. Il obtint gain de cause : en 309, une loi supprima l'empêchement à mariage entre patriciens et plébéiens (2).

3° *Règles particulières aux patriciens.* — Jusqu'à la loi Canuleia, les patriciens ne purent se marier qu'entre eux. Ils se mariaient de préférence entre voisins, par conséquent entre membres de la même *gens,* sous réserve des empêchements résultant de la parenté (3). Le mariage était-il permis entre patriciens de *gentes* différentes? L'étude d'un mode d'acquérir la *manus,* qu'on s'accorde à considérer comme propre aux patriciens, fournira la réponse à la question.

La *confarreatio* est une solennité réglée par les lois royales et qui, dans certains cas, vient s'ajouter aux conditions ordinaires requises pour la formation du mariage. Cette solennité s'accomplit, non plus dans l'intimité, mais en présence du grand pontife, du flamine de Jupiter et de dix témoins. Elle tire son nom d'une particularité qui la distingue : avant d'offrir aux dieux, suivant l'usage, le sacrifice d'une victime, les futurs époux faisaient le tour de l'autel précédés d'un enfant portant un pain d'épeautre (4). Ce pain, consacré à Jupiter Far-

(1) Liv., IV, 2.

(2) Liv., IV, 6.

(3) Augustin., *De civit. Dei,* 15 : « Fuit autem antiquis patribus religiosæ curæ, ne ipsa propinquitas se paulatim propaginum ordinibus dirimens longius abiret et propinquitas esse desisteret, eam nondum longe positam rursus matrimonii vinculo colligare et quodammodo revocare fugientem. »

(4) Pline, H. n., XVIII, 3. Les détails de la solennité de la *confarreatio* sont à peu près inconnus. Gaius, I, 112, se borne à dire qu'on prononçait des paroles sacramentelles, comme dans tous les actes juridiques.

reus, était ensuite jeté dans le feu préparé pour le sacrifice (1).

On dit généralement que la *confarreatio* est la plus ancienne forme de mariage observée par les Romains. Cette affirmation est très contestable. Ce qui caractérise cette solennité, c'est l'offrande à Jupiter du gâteau d'épeautre (*farreum libum*). Or, la première fois que Jupiter apparaît à Rome, c'est lors de l'annexion de l'Esquilin au Palatin; le pacte fédéral fut placé sous la protection de Jupiter Stator, et le flamine de Dianus ou de Jupiter fut vraisemblablement institué à cette occasion (2). La *confarreatio,* telle que nous la connaissons, n'était donc pas la forme de mariage usitée chez les habitants du Palatin : elle doit se rattacher à la fédération des bourgs de l'Esquilin et du Palatin; elle doit avoir été introduite comme une conséquence de l'annexion. Il est à remarquer, en effet, que le grand pontife intervient seulement dans les sacrifices qui intéressent l'État; le flamine de Jupiter, pour le culte public officiel (*sacra pro populo,* par opposition au culte public obligatoire pour tout citoyen, *sacra popularia*). La *confarreatio* devait dès lors s'appliquer à certains mariages qui mettaient en jeu un intérêt public. L'État intervenait comme dans l'adrogation et dans le testament, mais sous une forme différente et appropriée à la nature de l'acte (3).

Quels étaient les mariages pour lesquels la solennité de la *confarreatio* était obligatoire? La question ne peut être résolue d'une façon certaine. Dans la conjecture que nous allons proposer, nous nous sommes attaché à donner toute sa valeur à l'un des éléments du problème qu'on a jusqu'ici négligé : la présence des représentants du dieu protecteur du pacte conclu entre le Palatin et l'Esquilin. Gaius (4) dit que, de son temps, les flamines majeurs et les rois des sacrifices devaient être choisis parmi les personnes nées d'un mariage contracté *farreo,* et être eux-mêmes mariés de cette manière. La *confarreatio* avait une application plus générale : la discussion à laquelle donna lieu en 309 la loi Canuleia en est la preuve (5). Si cette solennité n'avait été primitivement exigée

(1) Rossbach, 109. D'après Pictet, *Les origines indo-européennes,* I, 334, le mot *far* désignerait toute espèce de céréales.

(2) Bouché-Leclercq, *Manuel,* 488.

(3) On a prétendu que le grand pontife, comme de nos jours le prêtre, venait consacrer le mariage. Il n'y a aucune trace d'un pareil usage. S'il eût réellement existé, si les Romains avaient exigé pour la formation du mariage un acte de célébration par le grand pontife, Gaius n'aurait pas passé sous silence une condition aussi importante. Quant au flamine de Jupiter, qui est un sacrificateur de profession, il avait peut-être à offrir en sacrifice une brebis. Serv., in Æn., IV, 374, dit que lorsqu'un flamine se mariait, on le faisait asseoir avec son épouse sur un siège recouvert d'une peau de brebis sacrifiée.

(4) Gaius, I, 112; Tac., Ann., IV, 16; Serv., in Æn., IV, 374; Suet., Caes., 1.

(5) Liv., IV, 2, 6.

que pour les flamines, les mariages entre patriciens et plébéiens n'auraient fait aucune difficulté. Pourtant la lutte entre les deux ordres a été des plus vives sur cette question. L'obstacle, au dire des patriciens, venait de ce que la plèbe n'avait pas le droit d'auspices; c'était un privilège du patriciat (1). De là une double conclusion : 1° les patriciens ne pouvaient se marier sans prendre les auspices; 2° le mariage des plébéiens n'était pas assujetti à cette formalité. Autrement il faudrait refuser toute valeur aux unions contractées par les plébéiens avant la loi Canuleia, ce qui est inadmissible. De ces deux conclusions, la première n'est pas exacte dans sa généralité. Lorsqu'un patricien voulait épouser une étrangère jouissant du *conubium,* sa situation était, au point de vue des auspices, identique avec celle où il se trouvait lorsqu'il voulait épouser une plébéienne : si les plébéiens, qui faisaient partie de la cité, n'avaient pas le droit d'auspices, les étrangers ne l'avaient pas davantage. Il n'est pas douteux cependant que le patricien romain pouvait épouser une femme appartenant à une cité jouissant avec Rome du *conubium.* Le mariage d'un patricien n'était donc pas soumis nécessairement à la formalité de la prise d'auspices (2).

Quand était-il nécessaire de prendre les auspices? Lorsqu'on voulait, en obtenant l'assentiment des dieux, prévenir des inconvénients analogues à ceux qui seraient résultés des mariages entre plébéiens et patriciens. Ces inconvients, Tite-Live les indique : c'est la confusion des cultes et la confusion du sang (3). Ce que l'on redoute, c'est le mariage entre personnes qui ne descendent pas d'un ancêtre commun, qui n'ont pas le même culte gentilice, qui n'appartiennent pas à la même *gens :* c'est, en un mot, la *gentis enuptio* (4). L'obstacle était plus grand encore lorsque les futurs époux appartenaient à une curie ou à une tribu différente. C'est pour de tels mariages que les cérémonies établies par les usages domestiques étaient insuffisantes. L'autonomie des chefs de famille ne pouvait s'exercer que dans l'intérieur de la famille;

(1) Cf. Mommsen, I, 85, n. 4 (101, n. 1).

(2) C'est ce qui faisait la force de l'argumentation des plébéiens et ce qui assura leur triomphe. Dans le discours que lui prête Tite-Live (IV, 4), le tribun Canuleius insiste sur ce point : Nous ne demandons pas, dit-il, que la plébéienne qui épousera un patricien devienne patricienne; nous savons qu'il n'y aura rien de changé à sa condition; les époux seront dans la situation de deux personnes de condition différente qui habitent le même quartier, dans le voisinage l'une de l'autre. Cf. J.-E. Labbé (*Nouv. Rev. histor.*, 1887, p. 18). Il en était de même lorsqu'une étrangère jouissant du *conubium* épousait un Romain : elle n'acquérait pas la cité romaine. Mommsen, III, 36 (39).

(3) Liv., IV, 2 : ut qui natus sit ignoret cujus sanguinis, quorum sacrorum sit.

(4) Le mot *enubere* est dans Liv., IV, 4.

l'accord de volontés des pères des futurs époux ne pouvait avoir un effet utile que dans l'intérieur de la *gens*. Hors de là, l'intervention de l'État était nécessaire. L'acte qui devait avoir pour résultat de faire passer une personne d'une *gens* dans une autre, ne se pouvait réaliser que sur l'avis conforme des pontifes et sous l'approbation du peuple. Il en était du mariage comme de l'adrogation et du testament. Toutefois, comme le mariage hors de la *gens* n'entraînait pas l'extinction d'une maison et d'un culte, on put simplifier les solennités requises pour ces sortes d'actes. On en permit l'accomplissement en tout temps, sauf les empêchements résultant de la religion. Puis, comme les femmes n'avaient pas accès dans les comices, au lieu d'une loi curiate, on se contenta de l'assistance de témoins (1). Il est difficile de croire que les Romains, qui, de très bonne heure, ont cherché à contracter des mariages avec les habitants des cités voisines (la légende de l'enlèvement des Sabines en est la preuve), aient éprouvé plus de répugnance à se marier hors de leur *gens*. Aussi l'intervention des comices fut-elle remplacée par celle de dix témoins.

On ignore comment étaient choisies ces dix personnes; on peut seulement conjecturer que le choix variait suivant que les époux appartenaient à des *gentes* de la même curie, ou à des curies différentes de la même tribu, ou à des tribus différentes de la cité (2).

La femme qui se mariait hors de sa *gens* devait être détachée du groupe dont elle faisait partie et rattachée à la *gens* de son mari. Il fallait pour cela une *sacrorum detestatio*, comme dans l'adrogation (3). C'est là ce qui explique la présence du grand pontife, les paroles solennelles (4) que l'on avait à prononcer; c'est aussi pour ce motif qu'il était question de la *confarreatio* dans les commentaires des pontifes (5).

Comme dans l'adrogation, le grand pontife ne devait concourir à l'acte que s'il était assuré de ne pas compromettre, en con-

(1) Mommsen, III, 21, pense que l'exogamie (*gentis enuptio*) était une exception qui devait être autorisée par un vote des comices. S'il en fut ainsi dans l'origine, ce qui est possible, la règle n'a pas été longtemps maintenue.

(2) Le nombre des témoins n'est pas un minimum comme celui qui est requis pour les actes *per aes et libram* : c'est un nombre fixe. Cette prescription doit avoir sa raison d'être : on ne tient pas seulement à la présence des témoins, on veut qu'il y en ait dix. Marquardt, VII, 36, pense que ces dix personnes représentent dix *gentes* de la curie : mais les futurs peuvent ne pas être de la même curie! Rossbach, 117, et Voigt, I, 167, reconnaissent que les conjectures proposées ne sont pas satisfaisantes. En Grèce, la nouvelle mariée était présentée aux membres de la phratrie de son mari. Démosth., c. Eubolis; Isée, De her. Pyrrh. Cf. Rossbach, 119.

(3) Serv., in Æn., II, 156 : Consuetudo apud antiquos fuit ut qui in familiam vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea, in qua fuerat, et sic ab alia reciperetur.

(4) *Certa et solemnia verba*. Gaius, I, 112.

(5) Serv., in Æn., IV, 103.

sacrant le mariage, les intérêts du culte et ceux des membres de la *gens*. Il n'avait guère de crainte à avoir si, comme cela devait arriver le plus souvent, la fiancée était *alieni juris;* mais dans le cas contraire la question était délicate. La *confarreatio* avait pour effet de mettre la femme sous la *manus* de son mari : tous ses biens propres allaient passer dans la maison du mari. La situation politique et sociale (*dignitas*) de chacune des *gentes* se trouvait modifiée : tandis que la *gens* du mari y gagnait en puissance et en fortune, pour la *gens* de la femme, c'était un amoindrissement; sa force, son éclat, ses éléments d'influence étaient diminués. La *confarreatio* devait être rarement permise en pareille occurrence. Il n'y avait pas que le grand pontife pour s'y opposer : avant d'arriver jusqu'à lui, il fallait obtenir l'autorisation des tuteurs de la femme, qui, dans l'intérêt de la *gens*, parfois dans leur intérêt personnel, devaient être peu disposés à donner leur assentiment (1).

En résumé, l'exogamie n'était permise chez les Romains que sous l'une de ces deux conditions :

a) Si les futurs époux appartenaient à des *gentes* patriciennes de Rome, il fallait obtenir un signe favorable en prenant les auspices, puis recourir à la *confarreatio*.

b) Dans tout autre cas, l'exogamie n'était pas possible, à moins qu'un traité international ou une loi n'eût accordé le *conubium* à la classe de personnes dont faisait partie celle qu'on voulait épouser.

C'est une loi de ce genre qui, en 309, vint concéder aux plébéiens le *conubium* avec les patriciens. Quant aux traités internationaux stipulant la réciprocité du *conubium*, on en rencontre assez fréquemment dès l'époque royale, ce qui nous autorise à penser que, dans les cités voisines de Rome, l'exogamie était soumise à des conditions analogues à celles que nous venons d'indiquer. On trouve encore à Antium, à la fin du deuxième siècle de notre ère, un *sacerdos confarreationum et diffarreationum* dont l'institution remonte à une époque antérieure à celle où Rome fonda dans cette localité une colonie de citoyens (2).

(1) Au début de l'Empire, alors que la *manus* qui découlait de la *confarreatio* était une cause de défaveur pour l'emploi de cette solennité, on décida que la femme ne serait réputée *in manu* qu'au point de vue du culte privé (*ad sacra privata*). Gaius, I, 136; Tac., Ann., IV, 16. Il s'agit ici du culte gentilice, et non du culte domestique des dieux lares et pénates. (Marquardt, VII, 35.) Si la femme avait, avant son mariage, le même culte gentilice que son mari, la *confarreatio* serait sans utilité.

(2) *C. I. L.*, X, 6662. Cf. Édouard Cuq, *Études d'épigraphie juridique*, 1881, p. 110.

Nous pouvons maintenant apprécier la portée de la règle qui imposait aux trois grands flamines et au roi des sacrifices l'obligation de se marier *farreo*, et qui ne permettait de les choisir que parmi les personnes issues d'un mariage *farreo*. Cette règle fut établie dans une pensée politique : on voulut empêcher que le culte fédéral ne devînt le monopole de certaines *gentes* ou de l'une des trois tribus. En vertu de la règle qui fait de la femme l'auxiliaire de son mari dans l'exercice du culte, la tribu à laquelle appartenait la femme du flamine de Jupiter avait un représentant autorisé auprès du dieu de la cité. C'est pour un motif inverse que le flamine devait donner sa démission s'il venait à perdre sa femme (1).

L'exogamie ne servait pas seulement à resserrer les liens qui unissaient les *gentes* des trois tribus; elle fournissait aussi le moyen d'éviter la dégénérescence des *gentes*. Les peuples antiques paraissent avoir eu conscience, à une certaine époque, des inconvénients graves qui résultent des mariages entre personnes du même sang. Ils comprirent que ces unions ont pour conséquence fatale la dégradation physique et intellectuelle de la race.

IV

CONSÉQUENCES DE LA CONCESSION AUX PLÉBÉIENS DU *CONUBIUM* AVEC LES PATRICIENS.

1° *Généralisation de l'usage de consulter les auspices.* — Dans la discussion de la proposition présentée par le tribun Canuleius, l'un des principaux arguments invoqués pour maintenir l'interdiction du mariage entre patriciens et plébéiens, c'est que les patriciens seuls avaient le droit d'auspices (2). Nous en avons conclu que les plébéiens se mariaient sans consulter les auspices. Ils ne pouvaient, en effet, ni les consulter eux-mêmes, ni par l'intermédiaire d'un augure privé qui n'était qu'un délégué (3). Cependant les écrivains des derniers siècles de la République affirment que cette formalité était commune à tous les mariages. Le matin du jour où la cérémonie devait avoir lieu, le premier soin du fiancé ou de son père était de s'assurer que les auspices étaient favorables ; sinon le mariage était ajourné (4).

(1) Gell., X, 15.
(2) Liv., IV, 6 ; VI, 41 ; X, 8.
(3) Mommsen, I, 85 (101) ; Voigt, *J. N.*, III, 177.
(4) Cic., De div., I, 16 : Nihil fere quondam majoris rei, nisi auspicato, ne privatim quidem, gerebatur : quod etiam nunc nuptiarum auspices declarant. Serv., ad Æn.,

Comment a-t-on étendu aux plébéiens un usage qui était la conséquence d'un privilège des patriciens? Il est vraisemblable que l'obligation de prendre les auspices fut imposée sous l'influence des patriciens, comme une atténuation du vote de la loi rendue à l'instigation de Canuleius. Jusqu'alors il était de principe que les mariages entre personnes appartenant à des *gentes* différentes fussent soumis à cette formalité. On crut devoir appliquer ce principe aux mariages entre patriciens et plébéiens; il n'était pas moins utile ici de s'enquérir de la volonté des dieux. Les plébéiens devaient s'adresser à un patricien versé dans l'art d'interpréter le vol des oiseaux. Il y avait là pour les patriciens un moyen indirect d'empêcher un mariage qui n'était pas à leur convenance. C'est ainsi que le droit d'auspices fut accordé aux magistrats plébéiens, bien moins pour partager avec eux un privilège que pour avoir la faculté de dénoncer la présence de signes fâcheux et par suite d'interdire, au moins pendant un jour, les actes garantis par les auspices (1).

Ce n'est pas seulement pour les mariages entre plébéiens et patriciens qu'il devint de règle de consulter un augure, mais pour tout autre mariage, par conséquent pour les mariages entre plébéiens. Cette extension de l'usage des auspices est d'autant plus singulière que d'assez bonne heure les Romains devinrent à leur égard très sceptiques. Caton (2) trouvait étonnant que deux haruspices pussent se regarder sans rire. On continua néanmoins à consulter les auspices pour les mariages, alors qu'on y avait renoncé pour le reste des actes de la vie sociale. Mais le contrôle exercé par les augures patriciens ne resta pas longtemps effectif : au temps de Cicéron, on n'appelait plus les augures que pour la forme (3).

2° *Coemtio.* — Si l'on étendit aux plébéiens l'usage des auspices, on n'en fit pas autant de la *confarreatio*. L'intervention des prêtres de la cité n'avait pas de raison d'être, dès l'instant qu'il ne s'agissait plus de détacher la femme du culte de sa *gens* pour la rattacher au culte de la *gens* de son mari. Pour une plébéienne qui n'avait ni *gens* ni culte gentilice, il était inutile de sacrifier au dieu protecteur du pacte conclu entre les *gentes* établies sur le Palatin et celles de l'Esquilin. Mais si l'on ne pouvait songer à appliquer ici la *confarreatio*, on chercha du moins à con-

IV, 45; I, 344; Val. Max., II, 1, 1; Plaut., Cas., prol., 84; Stace, Silv., I, 2, 229. Cf. Rossbach, 294.

(1) Bouché-Leclercq, *Dict. des Antiq.*, I, 581.

(2) Cic., De div., II, 24.

(3) Val. Max., II, 11.

server l'un de ses effets. A mesure que les mariages entre patriciens et plébéiens se multiplièrent, on constata qu'il y avait dans la législation une lacune regrettable : il n'existait aucune forme d'acte qui, à l'exemple de la *confarreatio*, fît entrer la femme dans la maison de son mari dès le jour de son mariage. Le même inconvénient se fit sentir dans les mariages entre plébéiens. Pendant un an la femme restait soumise au droit de propriété de son père; elle pouvait recevoir l'ordre de rentrer dans la maison paternelle contre son gré et contre celui de son mari. Le lien conjugal manquait de solidité.

Pour prévenir les conflits qui tendaient à s'accroître à mesure que les mœurs perdaient de leur gravité, on jugea utile d'enchaîner les parties, dès le jour du mariage, par un lien de droit. Le procédé imaginé par les légistes reçut le nom de *coemtio*. C'était une application de la mancipation des filles de famille, mais une application dénaturée. Au lieu d'entrer dans la maison de son mari à titre d'esclave, la femme y entrait à titre de fille. Elle était assimilée aux enfants issus du mariage du chef de famille du mari. Pour marquer la situation qu'elle allait prendre dans la maison de son mari, on employait une formule spéciale, distincte de celle qui servait à une mancipation ordinaire (1). C'est là d'ailleurs la seule différence que Gaius signale entre la *coemtio* et la mancipation (2).

3° *Abandon insensible de la* confarreatio. — L'autorisation des mariages entre patriciens et plébéiens devait avoir pour effet d'enlever à la *confarreatio* une partie de sa raison d'être. Ce n'était plus qu'une question de temps. A quoi bon tant de formalités pour unir des patriciens appartenant à des *gentes* différentes, quand on pouvait s'en passer pour les mariages entre

(1) Gaius, I, 123.

(2) La femme figure-t-elle dans la *coemtio* comme partie contractante ou comme objet mancipé? La question est discutée. Rossbach, 72, Voigt, II, 699, considèrent la femme comme l'objet de la mancipation. Muirhead, *Introd. Histor.*, 358, pense que les époux s'achetaient réciproquement. Certains textes semblent en effet favoriser cette manière de voir. Serv., in Georg., I, 31; Isidor., Or., V, 24, 26. L'opinion la plus générale est que la femme fait elle-même la *coemtio*. Cic., De or., I, 56; Gaius, I, 114, 115, 162, 195. Voigt objecte que ces textes font allusion d'une façon elliptique à une particularité de la *coemtio* que d'autres textes nous font connaître; elle consistait en une interrogation que les deux époux s'adressaient réciproquement, mais qui était distincte de la mancipation conclue entre le maître de maison du mari et celui de la femme. Boèce, in Top., III, 14; Serv., in Æn., IV, 214. La raison principale, invoquée par Voigt, est qu'on ne peut se manciper soi-même. Mais il ne faut pas oublier que la *coemtio* est un acte dénaturé. Les textes affirment que le père, si la femme est *alieni juris*, le tuteur, si elle est *sui juris*, figure à côté d'elle comme *auctor* (Paul, *Coll.*, IV, 2, 3; Pap., cod., IV, 7, 1). Karlowa, *Röm. Ehe*, 53; Kuntze, II, 586; Esmein *Mélanges*, 5; May, *Éléments de droit romain*, 1889, I, 120.

patriciens et plébéiens? Lorsque le sentiment religieux s'affaiblit dans l'esprit des Romains et que, les mariages entre patriciens et plébéiens devenus plus fréquents, il y eut du sang mêlé dans la plupart des familles patriciennes, on prit l'habitude de se dispenser de la *confarreatio* pour les mariages entre patriciens. Les pontifes ne songèrent pas à contester la validité de ces mariages : ils se contentèrent de maintenir la nécessité de la *confarreatio* pour les flamines de Jupiter, de Mars, de Quirinus, et pour le roi des sacrifices. L'usage de la *confarreatio* fut peu à peu abandonné ; peut-être fut-il uniquement conservé par les familles qui, de tout temps, avaient su se garder de toute mésalliance.

V

EFFETS DU MARIAGE.

Le mariage est par lui-même un acte étranger à la sphère du droit privé : il ne saurait produire, à ce point de vue, aucun effet juridique. Il en est autrement en droit public. Depuis l'institution du cens, l'État admet qu'un mariage, conclu conformément à la coutume des ancêtres, confère aux enfants qui en sont issus la qualité de citoyens. Dans la discussion de la loi Canuleia, l'auteur du projet présente comme incontestée la règle qui attribue aux enfants nés en légitime mariage la condition de leur père (1). Dans leurs rapports avec le chef de famille, considéré comme père, la situation de la femme et des enfants est réglée exclusivement par les lois royales et par les coutumes des ancêtres. Le chef de la famille où est entrée la femme n'acquiert sur elle un droit garanti par l'État que sous les conditions qui font naître la *manus*. Nous connaissons déjà la situation de la femme *in manu*, et nous savons que le mariage *cum manu* était le plus fréquent dans la pratique. Nous avons à rechercher dans quels cas le mariage *sine manu* devait être usité, et quelle était alors la situation de la femme.

I. — Le mariage sans *manus* devait être suffisamment répandu, puisque les décemvirs jugèrent utile de fixer les conditions sous lesquelles la femme échapperait à la *manus* en l'absence de *confarreatio*. Le mariage *sine manu* s'imposait presque à la femme lorsqu'elle était *sui juris* (2). Placée toute sa vie en tutelle, elle ne

(1) Liv., IV, 4 : Nempe liberi patrem sequuntur. Cf. Ulp., V, 8.
(2) Cette application du mariage *sine manu* a été mise en lumière par J.-E. Labbé, *Du mariage romain et de la* manus. (Nouv. Rev. histor., 1887, p. 6 et suiv.)

pouvait disposer de ses biens patrimoniaux sans l'autorisation de son tuteur, ni par conséquent passer sous la *manus* de son mari contre le gré de ce tuteur. Or, le tuteur avait à veiller à la conservation des biens patrimoniaux dans la maison et, s'il y avait lieu, dans la *gens ;* il ne devait pas facilement consentir à un mariage *cum manu* avec un citoyen d'une autre *gens,* mariage qui aurait entraîné la confusion des biens de la femme avec ceux du mari, et qui par suite aurait diminué la puissance de la *gens* de la femme pour accroître celle du mari (1). Le mariage *cum manu* avec un citoyen de la même *gens* n'offrait pas cet inconvénient, mais il portait atteinte au droit éventuel des agnats de la femme. Si l'un d'eux était son tuteur, par exemple celui-là même qui avait vocation *ab* intestat à ses biens patrimoniaux, ici encore le mariage *cum manu* devait être rarement permis par le tuteur. Le mariage sans *manus* prévenait toute difficulté.

Lorsque la femme était *alieni juris*, le mariage sans *manus* devait être peu usité, le père de la femme n'ayant pas intérêt à s'opposer à ce qu'elle passât sous la *manus* de son mari. Il renonçait simplement au profit qu'il aurait pu retirer du travail de la femme.

II. — On a parfois comparé le mariage *sine manu* au mariage de la main gauche (2). S'il est vrai, comme nous l'avons montré, que la *manus* n'a jamais été la conséquence nécessaire du mariage, cette comparaison ne saurait être acceptée. Il n'y a pas de raison pour qu'on ait vu avec défaveur, pour qu'on ait considéré comme moins honorable un mariage contracté dans la même forme, avec les mêmes cérémonies religieuses, et qui dans la pratique était en quelque sorte imposé aux patriciennes *sui juris*. Que le mariage eût lieu avec ou sans *manus*, la femme était toujours associée au culte domestique de son mari (3) : c'était la conséquence du sacrifice offert par la femme aux dieux de la famille et de la cérémonie de l'eau et du feu. Il n'y a pas corrélation forcée entre le culte et la *manus*. La participation au culte domestique

(1) La *confarreatio* était nécessaire pour associer la femme au culte gentilice. La plébéienne qui épousait un patricien et passait sous sa *manus* devenait son agnate : elle n'entrait pas dans sa *gens*.

(2) Voigt, II, 707. Cf. Esmein, *Mélanges*, 21.

(3) La *manus* ne pouvait s'acquérir ici contre le gré du tuteur par l'effet de l'*usus*. On est d'accord sur la règle, mais non sur son application. Le tuteur doit-il avoir soin d'interrompre l'usucapion conformément aux Douze Tables ? C'est l'opinion de Karlowa, *Röm. Ehe*, 75, et de Voigt, II, 226. Accarias, I, 310, pense que cette formalité est inutile : l'*usus* ne serait pas possible, parce que l'*auctoritas*, nécessaire pour acquérir la *manus,* ne se conçoit que pour un acte positif, et ne peut valider les résultats d'une inaction prolongée. Cicéron, P. Flac., 34, en donne une autre raison qui, vraie en elle-même, paraît invoquée ici pour les besoins de la cause.

n'entraîne pas plus la soumission de la femme à la *manus* du mari que la participation au culte gentilice ne met les chefs de maison de la *gens* sous la dépendance du *princeps* de cette *gens*.

La femme mariée sans *manus* restait soumise au droit de son père ; elle continuait à faire partie de sa maison. Son père conservait sur elle les droits d'un maître et pouvait les exercer dans toute leur étendue. Cela résulte de deux faits qui prouvent que les Romains n'avaient pas reculé devant les conséquences de leur principe.

a) Jusqu'au temps d'Antonin le Pieux, le chef de maison de la femme eut le droit de la revendiquer à l'encontre de son mari, et par suite de la faire rentrer dans la maison paternelle en brisant le lien conjugal. Ce droit était indépendant de l'assentiment des époux et même de l'existence d'enfants issus du mariage (1).

b) Le père de la femme était responsable des torts qu'elle commettait, mais il avait la faculté de recourir à l'abandon noxal (2). Corrélativement, il devait profiter du travail de la femme ou des acquisitions qu'elle pouvait réaliser.

Si la femme mariée sans *manus* était *sui juris*, elle restait sous la protection de son tuteur, et demeurait soumise à son *auctoritas* pour tous les actes juridiques qu'elle avait à conclure.

Mais le mariage sans *manus* faisait sortir la femme de la famille de son père pour la faire entrer dans celle de son mari (3). Le chef de sa nouvelle famille avait envers elle les mêmes devoirs qu'envers son mari. De son côté, elle lui devait obéissance (4) et respect (5). Elle était tenue pareillement du devoir de fidélité : le mari qui surprend sa femme en flagrant délit d'adultère peut la tuer impunément (6). Le mariage *sine manu* ne pouvait avoir lieu, dans la Rome patricienne, qu'entre personnes appartenant à la même *gens*. Dès lors les conflits qui s'élevaient entre le

(1) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 30, 1, 5; Paul, V, 6, 15.

(2) Gaius, IV, 80.

(3) Cette proposition, dont la formule paraît en contradiction avec l'opinion commune, est la conséquence de la distinction que faisaient, à notre avis, les Romains des premiers siècles entre la maison et la famille, entre le droit des Quirites et la coutume des ancêtres. Les auteurs qui, transportant dans l'ancien droit les idées et la terminologie des jurisconsultes classiques, confondent les pouvoirs du chef de famille et les droits du maître de maison, ne peuvent expliquer d'une manière satisfaisante ni les devoirs du mari envers sa femme ainsi que les pouvoirs qu'on ne saurait lui refuser, ni les devoirs de fidélité, de respect et d'obéissance dont la femme était certainement tenue envers son mari. Voy. Gide, op. cit., 115.

(4) *Obsequium*. Le sens de ce mot ressort de l'antithèse établie par Tacite (Hist., IV, 74) avec *contumacia* : c'est le contraire de l'indocilité, par conséquent la soumission, l'obéissance.

(5) *Reverentia*. Col., R. r., pr., 7. Ulp., 36 ad Sab., XXIV, 3, 14, 1, dit que respect est dû au mari : il ne paraît pas douteux qu'il en ait été ainsi de tout temps.

(6) Caton, in Gell., X, 23 : *sine judicio* (*domestico*).

père ou le tuteur de la femme et son mari étaient de la compétence de l'assemblée des *gentiles*. Cette assemblée avait qualité pour réprimer toute infraction aux coutumes gentilices.

Lorsque le mariage sans *manus* avait lieu entre personnes n'appartenant pas à une *gens*, entre plébéiens, il arriva plus d'une fois que le père de la femme usa de son droit de maître pour la faire rentrer chez lui malgré son mari et pour dissoudre le mariage. Il fallut un rescrit d'Antonin le Pieux pour faire prévaloir l'intérêt des époux et des enfants issus du mariage sur le droit du maître de la femme. Dans le mariage *cum manu*, on n'eut jamais à redouter des difficultés de ce genre, puisque, la femme étant à la fois de la famille et de la maison du mari, le chef de famille du mari exerçait en même temps sur la femme les droits de maître.

VI

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le mariage se dissout de deux manières, par le prédécès de l'un des époux ou par la répudiation.

I. *Prédécès de l'un des époux.* — Le mariage, étant l'union de deux vies, ne se dissout, en principe, que par la mort de l'un des époux. Le survivant peut-il se remarier? Les secondes noces, du moins pour les femmes, étaient vues avec défaveur, même à une époque bien postérieure (1). On loue la femme qui est restée *univiria* (2). Les prêtres et prêtresses ne devaient avoir été mariés qu'une fois (3). Peut-être même les secondes noces étaient-elles interdites à l'époque royale, lorsque le mariage avait eu lieu par *confarreatio* (4), et que la femme était demandée en mariage par un membre d'une autre *gens*. On ne devait pas admettre facilement que l'on pût deux fois changer de *gens* : la confusion des cultes aurait été inextricable, et il aurait été tout au moins singulier de voir des frères utérins appartenant à des *gentes* différentes. Une loi, attribuée à Numa, défend aux femmes de se remarier avant l'expiration du délai de dix mois, pendant lequel elles devaient porter le deuil de leur mari, sinon elles devaient offrir aux dieux un sacrifice expiatoire (5). Cette disposition ne

(1) Plut., Quaest. R., 105; Tac., Ann., II, 86; Properce, IV, 11, 36.
(2) *C. I. L.*, VI, 3604, 12405.
(3) Gell., X, 15.
(4) Denys, II, 25.
(5) Tac., Ann., I, 10; Dio Cass., XLVIII, 44; Plut., Num., 12. Ce délai, qui coïncide avec le maximum de la durée de la grossesse, n'avait pas été établi spéciale-

concerne pas le mariage *farreo* : comme il ne peut avoir lieu que sous l'approbation des pontifes, on n'avait pas à prévoir la violation des règles par eux établies. Les secondes noces ne présentaient pas chez les hommes les mêmes inconvénients. En se remariant, l'homme ne sort pas de sa *gens*; ses enfants seront tous de la même maison et de la même *gens*.

II. *Répudiation*. — Bien que le mariage soit contracté pour toute la vie, le mari, ou le chef de sa famille s'il est *alieni juris*, peut, en qualité de magistrat domestique, chasser la femme coupable, comme il a le droit de chasser son enfant. La dissolution du mariage par voie de répudiation est subordonnée à certaines conditions, soit d'après la coutume, soit en vertu de lois royales. D'une manière générale, on peut dire que le mari doit, pour répudier sa femme, accomplir, en sens inverse, des cérémonies analogues à celles qu'il a suivies pour contracter mariage. La différence principale consiste en ce qu'il ne peut être question d'un accord de volontés entre les chefs de famille des époux, si, comme c'est l'ordinaire, la femme est passée sous la *manus* du mari : le mariage est dissous par la volonté du mari ou par celle de son père, s'il est *alieni juris*.

Trois conditions sont requises pour la validité de la répudiation :

1° La femme ne peut être répudiée arbitrairement et par caprice, mais seulement à titre de peine, en vertu d'une décision du chef de la famille. Le conseil, dont il doit s'entourer suivant l'usage, et qui constitue le tribunal domestique, doit ici comprendre les cognats de la femme. Leur présence sera pour elle une garantie contre la partialité du mari et des autres membres du conseil (1). Le magistrat domestique examine, avec l'assistance de ce conseil, si la faute dont la femme s'est rendue coupable présente une gravité suffisante pour motiver la répudiation. En cas d'affirmative, il prononce une sentence en ces termes : *Tuas res tibi habeto..., bætito foras* (2).

Lorsque la femme est *in manu*, le mari seul ou le chef de sa famille a la faculté de répudier la femme (3) ; il ne saurait être question de réciprocité de droits pour la femme qui est *filiæ loco*. Il

ment pour la femme ; il est le même pour le mari, pour un ascendant, ou pour un descendant âgé d'au moins dix ans. La pensée d'éviter une confusion de part (*turbatio sanguinis*) n'apparaît qu'à l'époque classique. Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 11, 1.

(1) Voy. *supra*, p. 156.

(2) Plaut., Amph., III, 2, 47 ; Non., 77, 22 ; Gaius, 11 ad Ed. prov., D., XXIV, 2, 2, 1. Cf. Cic., De or., I, 40.

(3) Plut., Rom., 22.

en est autrement lorsque le mariage a eu lieu *sine manu :* dans ce cas, le maître de maison de la femme ou son tuteur peut dissoudre le mariage, en la faisant rentrer dans la maison paternelle.

Le droit de répudiation qui appartient au mari est plus ou moins étendu, suivant que le mariage a été contracté dans la forme ordinaire ou par *confarreatio.* Denys d'Halicarnasse dit que le mariage *farreo* était indissoluble, à moins que la femme ne fût convaincue par le tribunal domestique d'avoir commis un adultère ou d'avoir bu du vin. On a contesté l'exactitude de l'assertion de l'historien : elle est en opposition, a-t-on dit, avec un passage de Plutarque. D'après cet auteur, une loi de Romulus reconnaît au mari le droit de répudier sa femme, sous cette réserve qu'il est tenu de lui rendre sa dot toutes les fois qu'elle n'a pas été convaincue d'adultère, de soustraction des clefs du cellier, de sortilège, et une part de ses biens doit être consacrée à Cérès (1).

Le récit de Plutarque est-il réellement en contradiction avec celui de Denys? Nous ne le croyons pas : l'un parle du mariage en général, l'autre du mariage *farreo.* Il n'y a rien d'étonnant que la répudiation soit plus facilement admise dans un cas que dans l'autre. Le mariage *farreo* a été placé par une solennité particulière sous la protection de l'État; il est juste que le mari ne puisse le dissoudre à son gré pour une faute légère commise par la femme. Tout le monde admet que le mariage *farreo* ne peut être dissous que par une solennité analogue à celle qui a servi à le former, par une *diffarreatio* (2). Si la *confarreatio* exigeait une enquête préalable des pontifes, il devait en être de même de la *diffarreatio.* La décision du mari était soumise au contrôle du grand pontife, qui procédait à une sorte de revision de l'affaire. Est-il à croire que les rois, qui primitivement remplissaient les fonctions de grand pontife, n'aient pas fixé les cas où ils autoriseraient la *diffarreatio?* L'indissolubilité du mariage *farreo* est d'ailleurs certaine pour les flamines : le jurisconsulte Sabinus dit que le mariage d'un flamine ne peut être dissous que par la mort (3). Il y avait un intérêt public à ne pas admettre facilement la dissolution des mariages *farreo :* les candidats aux fonctions sacerdotales se recrutaient parmi les personnes issues d'un pareil mariage et ayant encore leurs père et mère (*patrimi, matrimi*).

(1) Denys, II, 25; Plut., Rom., 22. Cf. Rossbach, 128.

(2) Le mot se trouve dans P. Diac. : « *Diffarreatio* genus erat sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio », et dans l'inscription d'Antium, *supra*, p. 218. Les époux devaient prononcer des paroles étranges et qui faisaient frémir. (Plut., Quæst. Rom., 50.)

(3) Gell., X, 15; Serv., Ad Æn., IV, 29.

C'est une des causes qui firent délaisser le mariage *farreo*, alors que le divorce devint fréquent.

La liberté pour le mari de répudier sa femme, sans contrôle de la part des pontifes, ne se conçoit que dans le cas où le mariage a été formé sans leur intervention. Alors seulement il peut exercer son pouvoir de magistrat domestique, avec l'assistance d'un conseil et sans autre restriction que celle qui résulte de l'autorité du censeur; sa décision sera souveraine et sans appel.

2° Le mari qui répudie sa femme doit consacrer une partie de ses biens à Cérès. Cérès est l'une des principales divinités qui président au mariage. Celui qui brise un lien formé sous ses auspices lui doit une réparation. Cependant, il y a trois cas où cette règle cesse de s'appliquer : d'après une loi royale, lorsque la femme est reconnue coupable d'adultère, de sortilège (1), ou encore lorsqu'elle est convaincue d'avoir bu du vin, le mari ne doit à Cérès aucune réparation. Il est à remarquer que les crimes prévus par la loi royale avaient aux yeux des Romains une gravité exceptionnelle, et qu'ils devaient le plus souvent entraîner la peine de mort. Les cas qui viennent d'être indiqués étant précisément les seuls où le mariage contracté *farreo* pouvait être dissous par la répudiation, on comprend pourquoi la règle précitée ne reçoit pas ici d'application.

3° Le mari qui répudie sa femme doit offrir aux dieux mânes un sacrifice expiatoire. C'est la cérémonie religieuse qui correspond au *sacrum nuptiale* usité pour la formation du mariage (2).

Quelle était la situation de la femme répudiée? La question n'a d'intérêt que si le mariage n'a pas eu lieu *farreo*, sans quoi la répudiation n'est admise que pour des crimes qui d'ordinaire entraîneront la mort de la femme. La femme chassée de la famille du mari reste, en principe, soumise à sa *manus*. Lorsque la *manus* avait été acquise par *coemtio*, c'est-à-dire par mancipation, elle

(1) Comme l'a démontré Voigt, *Leges regiæ*, 32.

(2) La nécessité de ce sacrifice expiatoire est attestée par Plut., Rom., 22, que l'on a parfois interprété d'une autre manière. Après avoir dit que le mari est tenu de rendre à sa femme une partie de ses biens et de consacrer l'autre à Cérès, il indique un cas où le mari doit sacrifier aux dieux. Ce cas est caractérisé par les mots τὸν δ'ἀποδόμενον. Cette expression, rattachée à la phrase qui précède, semble désigner le mari qui rend sa femme à sa famille, qui la répudie. On a prétendu cependant qu'il y avait là une disposition entièrement distincte de la précédente : elle ordonnait de sacrifier aux dieux le mari qui vendait sa femme. Mais le mot ἀποδίδοσθαι n'exprime pas par lui-même l'idée de vendre une chose moyennant un équivalent; il exprime tout aussi bien l'idée de donner spontanément et sans équivalent, de renoncer, par exemple dans Plut., Luc., 21 : ἀποδίδοσθαι τὴν ἐλευθερίαν. Puis, la vente de la femme par le mari paraît tout aussi étrangère aux mœurs romaines que la vente de la femme par son père. (Rossbach, 134; Voigt, *Leges regiæ*, 37; Bruns, *Fontes*, 7; Schlesinger, Z. Sav. St., VIII, 58.)

s'éteignait par une remancipation suivie d'un affranchissement (1). Aucun texte ne dit comment s'éteignait la *manus* acquise *usu*. Faut-il admettre qu'elle se perdait par le non-usage? Cette conjecture n'a rien d'impossible : n'est-ce pas de cette manière que le père de la femme est dépouillé de la puissance paternelle qu'il avait lors du mariage? En tout cas, on pouvait ici encore recourir à la remancipation suivie d'affranchissement. Remarquons d'ailleurs que si la femme cesse d'appartenir à la maison de son mari, elle ne sort pas de la *gens*, dans le cas où elle était mariée avec un membre de sa *gens* d'origine (2).

VII

LA DOT.

§ 1er. — *Notion de la dot.*

Suivant un usage qui paraît remonter à l'origine de Rome, le mariage implique toujours une constitution de dot de la part de la femme. Il n'en était pas de même chez tous les autres peuples de race aryenne. En Arménie, jusqu'au temps de Justinien, la femme se mariait sans dot (3). Chez les Hindous, on avait coutume de donner à la jeune fille, au moment du mariage, une parure. C'est là le point de départ de l'usage qui s'introduisit par la suite de lui constituer une dot (4).

I. — La dot, comme le mot l'indique, n'est autre chose qu'une donation (διδόναι, δώς). Elle consiste en un apport fait au mari par la femme ou en son nom. Sans être une condition de validité du mariage, l'existence d'une dot est aux yeux des Romains tellement inséparable de la formation du mariage, qu'elle sert à le distinguer du concubinat (5).

Cette conception de la dot est une conséquence de l'organisation aristocratique de la société romaine aux premiers siècles. Elle a, croyons-nous, une double signification : l'absence de dot tient au

(1) Ælius Gallus, ap. Fest. : *remancipatam* esse, quæ mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit. Cf. Gaius, I, 195 a.

(2) La loi des Douze Tables contenait-elle une disposition sur le divorce ? Voigt, I, 712, II, 711, le pense : il se fonde sur Cic., Phil., II, 28, et sur ce que Gaius en parlait dans son commentaire des Douze Tables. Mais il n'y a là qu'une conjecture. En sens contraire, Dirksen, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, 298.

(3) Nov. 21, pr.

(4) Leist, *Altarisches* jus gentium, 499; Kohler, Z. f. vgl. Rw., III, 424.

(5) Plaut., Trin., III, 2, 63.

refus du père de la femme ou au manque de fortune. Dans le premier cas, si une fille appartenant à une famille riche n'obtient pas de dot de son père, on présume qu'il n'a pas donné son consentement au mariage. On considère comme impossible qu'un père mariant sa fille lui refuse une dot. C'est pour lui un devoir de lui donner une dot en rapport avec sa fortune et avec le rang social du mari. Aussi les Romains tiennent-ils pour valable la promesse de dot faite d'une manière indéterminée. Il est sous-entendu que le quantum en sera fixé d'après l'arbitrage d'un homme de bien (1). Dans le second cas, si une fille pauvre s'unit à un fils de famille riche, on présume que le père du jeune homme n'a pu consentir à une mésalliance et n'a pas autorisé l'entrée de cette femme dans sa famille. Dans ce cas, comme dans le précédent, le mariage ne se forme pas, faute du consentement de l'un des chefs de famille, et l'on conçoit dès lors le rapport établi par les Romains entre la formation du mariage et la constitution de dot.

Entre futurs conjoints appartenant l'un et l'autre à une famille pauvre, la question n'a plus d'intérêt, la dot pouvant se réduire à un apport très minime.

II. — La dot, avons-nous dit, est une donation; mais c'est une donation faite en vue du mariage. De là deux conséquences : 1° la réalisation du mariage est une condition tacite de la constitution de dot; si le mariage n'a pas lieu, l'apport fait au mari est considéré comme ne lui ayant jamais appartenu; 2° si le mariage a eu lieu, la dot est définitivement acquise au mari. Tel est le sens de la règle : *Dotis causa perpetua est* (2).

Le caractère absolu de cette règle semble cependant démenti par deux faits : d'une part, l'existence d'actions en restitution de la dot; d'autre part, l'affirmation contenue dans certains textes que la dot est donnée au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, d'où la conclusion qu'il doit la rendre lorsque ces charges viennent à prendre fin. Mais, jusqu'au temps de Justinien, l'action en restitution de la dot ne fut admise qu'en vertu d'une stipulation spéciale; quant à l'action *rei uxoriæ,* nous établirons plus tard que ce n'est pas une action en restitution de la dot, et d'ailleurs Aulu-Gelle affirme qu'elle était inconnue dans les cinq premiers siècles de Rome. Il s'est donc écoulé une période assez longue pendant laquelle le mari gardait la dot, même au cas où les charges du mariage avaient cessé de peser sur lui, par exemple

(1) Pap., 4 Resp., D., XXIII, 3, 69, 4. Cf. Bechmann, *Das röm. Dotalrecht,* 1867, p. 66.
(2) Paul, 14 ad Sab., D., XXIII, 3, 1. Cf. Gide, op. cit., 502.

lorsque sa femme était morte ainsi que ses enfants, ou sans laisser d'enfants. Quant aux textes qui établissent un rapport direct entre la constitution de dot et les charges du mariage, ils datent d'une époque où la dot avait reçu le caractère d'une donation temporaire (1).

Certes, de tout temps le mari s'est servi de la dot pour subvenir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, mais il ne faut pas en conclure que, dans l'ancien droit, les charges du mariage aient été la raison qui justifiait la constitution de dot. La conclusion du mariage suffisait à motiver la dot, sans qu'on eût à se préoccuper des événements ultérieurs. En dotant sa fille, le père voulait lui assurer dans la famille de son mari une situation digne et respectée. La femme était considérée comme l'associée de son mari pour toutes les choses divines et humaines. On l'appelait maîtresse (*domina*) lorsque son mari était le maître de la maison. Cette égalité de situation, qui d'ailleurs n'avait rien de juridique, eût été un vain mot si la femme, entrant dans la maison les mains vides, avait dû vivre aux dépens de son mari. Enfin, la constitution de dot était le moyen le plus simple de faire parvenir aux enfants à naître du mariage les biens de leur mère. Ces biens venaient accroître le patrimoine de leur père et, par suite, la portion qu'ils devaient recueillir un jour à titre d'héritiers domestiques (2).

§ 2. — *Constitution de la dot.*

La fixation de la dot était généralement l'objet d'une convention antérieure au mariage. Tantôt le constituant se bornait à faire une simple promesse qui n'acquérait de valeur juridique que par sa réalisation ; tantôt il s'obligeait par une *dotis dictio*.

Nous savons bien peu de chose sur ce mode de contracter, qui paraît remonter à une haute antiquité. Le rapprochement que fait Gaius (3) de la *dotis dictio* et de la stipulation nous autorise à y voir un mode de confirmation d'un acte fiduciaire. L'engagement pris par la femme ou par son père de constituer une dot était vraisemblablement confirmé par une déclaration solennelle faite en présence du mari. Cela semble résulter d'un passage de Térence

(1) Bechmann, op. cit., 16, 24. Contra Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht*, 1870, p. 31.

(2) Bechmann, 39, et Voigt, II, 717, pensent que, dans le mariage *cum manu*, la dot était comme un équivalent des droits que la fille perdait sur l'hérédité paternelle. En fait, cela est possible, mais il n'y a pas là un trait caractéristique de la dot, puisqu'il ne convient pas au mariage *sine manu*. Le père pouvait d'ailleurs léguer tout ou partie de sa *pecunia* à sa fille et lui rendre ainsi, autrement que par la dot, l'équivalent de ce qu'elle avait perdu. Cf. Czyhlarz, 31.

(3) Gai., Epit., II, 9, 3.

où l'on voit que la présence des parties était nécessaire pour rendre ferme la *dotis dictio* (1). L'emploi de termes sacramentels est prouvé par l'interprétation d'une constitution de Théodose et Valentinien (2). Enfin l'épitomé de Gaius dit que, à la différence de la stipulation, il n'y avait pas, dans la *dotis dictio*, d'interrogation préalable. La solennité était unilatérale, ce qui n'empêchait pas l'acte auquel elle s'appliquait d'être bilatéral et, par suite, d'exiger le concours des volontés du constituant et du mari.

La *dotis dictio* imprimait à la promesse de dot une force obligatoire (3) ; mais, à la différence de la stipulation, elle ne pouvait émaner que de la femme ou de son père, c'est-à-dire des personnes pour lesquelles la constitution de dot était un devoir ou une nécessité imposée par l'usage (4). L'engagement, régulièrement confirmé par la *dotis dictio*, pouvait, sans doute, donner lieu à une action en justice, mais ici les renseignements font défaut.

La *dotis dictio* était-elle simplement un mode de confirmation des obligations ? On a prétendu qu'elle avait des effets multiples, et qu'elle servait également à éteindre une obligation comme l'acceptilation, et même à transférer la propriété. A l'appui de cette opinion, on a cité des textes où le constituant déclare que tel objet servira de dot (*doti tibi erit*) (5), et l'on a dit qu'ils contenaient des applications de la *dotis dictio*. Mais cette formule, qui se rapporte au futur, est sans exemple dans l'ancien droit : dans tous les actes juridiques, celui qui prononce les paroles solennelles s'exprime au présent et à la première personne (*aio, do, lego*). Puis, elle ne contient pas le mot *dico*, qui caractérise la *dotis dictio* et lui a valu son nom. L'absence du mot technique doit nous avertir que nous n'avons plus affaire ici à la *dotis dictio*, mais à la stipulation (6).

(1) Ter., Heaut., 1049.

> Ehem! Menedeme, cur non arcessi jubes
> Filiam, et quod dotis dixi firmas?

Le poète applique, il est vrai, la *dotis dictio* à rebours, pour doter un fils.

(2) C. Th., III, 13, 4.

(3) Gaius, loc. cit. : *legitime obligari*.

(4) Ulp., VI, 2, ajoute le débiteur de la femme délégué par elle au mari ; mais il y a là une extension relativement récente, car la délégation était inconnue dans l'ancien droit.

(5) Paul, 7 ad Sab., D., XXIII, 3, 25 ; Jul., 16 Dig., D., eod., 44, 1 ; 46, 1 ; Javol., 1 ex Plaut., eod., 57 ; Marcell., 7 Dig., D., eod., 59.

(6) Deux textes justifient cette manière de voir. Un fragment de Proculus (5 Epist., D., L. 16, 125) contient une variante de cette formule et permet d'en retrouver le sens. Le constituant déclare : « Les cent sous d'or de la dot de ma fille seront à toi. » Ici il n'y a plus, au moins dans la forme, promesse de dot, mais promesse de rendre le mari propriétaire des cent sous d'or formant la dot. C'est une promesse de stipulation qui avait pour contre-partie une interrogation se terminant par les mots : *mihi erit*. Un fragment de Marcellus (7 Dig., D., XXIII, 3, 59) prouve que la formule *tibi erit* ne convient pas à la *dotis dictio*. Le jurisconsulte en fait l'application à

La *dotis dictio,* telle que nous venons de la dépeindre, présente l'un des traits distinctifs des actes juridiques de l'ancien droit : une déclaration unilatérale, faite en présence de certaines personnes, suffit pour faire naître un droit au profit du mari ou de son père. On n'exige pas l'acceptation expresse de l'ayant droit (1). Mais la *dotis dictio* diffère des actes juridiques de l'ancien droit par la spécialité de sa cause : tandis que les autres actes peuvent servir à réaliser les causes les plus diverses, la *dotis dictio* ne peut être employée que pour constituer une dot. Elle en diffère également en ce qu'elle ne peut servir qu'à certaines personnes déterminées, au lieu d'être à la disposition de tout citoyen.

Lorsque la constitution précède le mariage et qu'elle a été réalisée par tradition, sans *dotis dictio* préalable, quelle est la situation du constituant si le mariage n'a pas lieu? En droit classique, la tradition transfère la propriété par cela seul que celui qui en est l'auteur a eu la volonté de rendre l'acquéreur propriétaire, et sans qu'on ait à examiner si le but qu'il se proposait est atteint. Les jurisconsultes lui accordent simplement une *condictio sine causa* contre l'*accipiens*. Mais les *condictiones sine causa* sont de la fin de la République : lorsqu'elles n'existaient pas encore, n'avait-on aucun moyen de se faire rendre la dot? Pouvait-on subordonner la tradition à une condition? Cette modalité était-elle connue dans l'ancien droit ? Peut-être la *dotis dictio* était-elle la forme régulière sous laquelle se présentait toute promesse de constitution de dot ; c'en était le préliminaire indispensable. Lorsqu'à la suite d'une *dotis dictio* intervenait une tradition ou une mancipation ayant pour objet le contenu de la *dotis dictio*, cette tradition ou cette mancipation prenait le caractère particulier d'un acte fait *dotis causa*. Sans doute à l'époque classique il en est autrement, parce que le juge peut rechercher l'intention des parties (2). Mais dans l'ancien droit le juge n'avait pas ce

une promesse de dot consentie à un tiers sur la délégation du mari. Or Ulpien déclare que la *dotis dictio* ne peut servir à une délégation que si elle émane du débiteur de la femme et sur la délégation de celle-ci. En sens contraire, CZYHLARZ, 114, PELLAT, *Textes sur la dot*, 1859, p. 281, qui sont obligés d'admettre que la première partie du texte a été interpolée. BERNSTEIN, *Festgabe für Beseler*, p. 85, a émis l'hypothèse que la *dotis dictio* aurait eu un effet translatif de propriété : les textes relatifs à l'acceptilation faite à titre de dot disent que le mari est censé avoir reçu ce qu'on l'a dispensé de payer. Cette hypothèse manque de base, dès qu'il n'est pas prouvé qu'il s'agit de *dotis dictio*.

(1) Dans TER., Andr., V, 4, 47 : *Dos, Pamphyle, est X talenta. Accipio,* il n'y a pas *dotis dictio,* mais une promesse non solennelle de remettre dix talents à titre de dot. Cf. DONAT., in h. l.

(2) ULP., 35 ad Sab., D., XXIII, 3, 23. Cf. BECHMANN, 134 ; CZYHLARZ, 95 ; PELLAT, 127.

pouvoir : l'intention des parties devait être exprimée dans la formule de l'acte (1).

CHAPITRE VI

L'adoption.

Sous la dénomination générale d'adoption les jurisconsultes classiques comprennent deux institutions bien distinctes : l'adrogation et l'adoption. Le seul trait qui leur soit commun, c'est que l'une et l'autre ont pour effet d'attribuer la qualité de fils à un citoyen étranger à la famille de l'adrogeant ou de l'adoptant. Si l'adrogation est, sous l'Empire, présentée comme une espèce d'adoption, c'est qu'un changement profond s'est opéré dans l'organisation sociale. Le patriciat n'était plus qu'un souvenir; les entraves mises à l'aliénation de la propriété familiale avaient disparu; la liberté de tester était admise par la jurisprudence. A travers ces transformations, il n'est pas facile de retracer la physionomie de l'adrogation et de l'adoption aux premiers siècles de Rome. Essayons, à l'aide des documents qui nous ont été conservés, de dégager la raison d'être de chacune de ces institutions, de marquer le but qu'elles servaient à réaliser (2).

I

L'ADROGATION.

D'après Cicéron, la première condition requise pour l'adrogation, c'est que l'adrogeant n'ait pas d'enfants, et qu'il ne

(1) Il est peu de questions sur lesquelles il règne une plus grande divergence de vues ; on ne s'en étonnera pas en présence du petit nombre de documents que nous possédons. Nous indiquerons seulement la conjecture qui a été proposée récemment par Bernstein, *Festg. f. Beseler*. Tandis que Bechmann et Czyhlarz voient dans la *dotis dictio* une clause (*lex*) jointe aux fiançailles, d'après Bernstein, la *dotis dictio* ne serait autre chose qu'une clause adjointe à la *coemtio*. Elle puiserait sa force obligatoire dans l'acte *per æs et libram* auquel elle est annexée. Sans entrer dans la discussion des arguments invoqués à l'appui de cette opinion, nous ferons remarquer qu'elle restreint singulièrement la portée de la *dotis dictio :* elle ne s'applique ni au mariage *farreo,* ni au mariage *sine manu.* On ne trouve dans les textes aucune trace d'une pareille restriction.

(2) Il n'y a chez les Grecs qu'une seule espèce d'adoption. Par sa forme elle se rapproche de l'adrogation des Romains : elle était soumise à l'approbation des membres de la phratrie et du dème de l'adoptant, et précédée d'un sacrifice offert

puisse, en raison de son âge, espérer en avoir (1). L'adrogation lui procurait ce que le mariage n'avait pu lui donner : un continuateur de son nom et de son culte gentilices. Elle trouvait sa principale, et peut-être, en pratique, son unique application, dans le cas où un citoyen était le dernier chef de famille survivant de sa *gens* : l'adrogation était ici nécessaire pour perpétuer le nom et le culte gentilices. Si, au contraire, ce citoyen appartenait à une *gens* comprenant d'autres chefs de famille, la conservation du nom et du culte de cette *gens* était assurée en dehors de celui des chefs de famille qui n'avait pas d'enfants. Celui-là n'avait plus à se préoccuper que de perpétuer son culte domestique ; il lui suffisait d'instituer un héritier.

Tout projet d'adrogation doit, avant d'être soumis au peuple, être déféré aux pontifes. L'adrogation, ayant pour but de faire passer un chef de maison sous la puissance d'un chef appartenant à une autre *gens*, modifie gravement sa situation au point de vue religieux. Elle implique une transmission de son culte domestique à l'adrogeant, puis elle a pour effet de l'exclure du culte de sa *gens* (2). Les pontifes, chargés de veiller au maintien des cultes, avaient à examiner s'il existait des raisons assez graves pour autoriser l'adrogation : si l'adrogeant n'avait pas d'enfants et ne pouvait espérer en avoir ; si l'adrogé n'allait pas déchoir en entrant dans une *gens* moindre que la sienne ; si l'adrogation n'était pas déterminée par le désir de profiter de la fortune de l'adrogé ; enfin et surtout ils avaient à se préoccuper du sort du culte de l'adrogé : on avait à rechercher si l'adrogation n'aurait pas pour effet d'éteindre le culte de sa *gens*.

Si, après enquête, les pontifes rendaient un décret favorable, le projet d'adrogation était soumis aux comices. Le magistrat qui présidait l'assemblée interrogeait successivement l'adrogeant, l'adrogé, le peuple (3). En cas de réponse affirmative, l'adrogation était consommée au point de vue du droit public. Il restait une dernière formalité à remplir pour consacrer le changement de *gens* au point de vue du droit sacré : l'adrogé devait renoncer

aux dieux de la phratrie. Elle s'appliquait même aux citoyens *alieni juris*. Voy. SCHULIN, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882, p. 17 ; HAUSSOULLIER, *La vie municipale en Attique*, 23. L'adoption est autorisée de la manière la plus large par la loi de Gortyne (XIII, 56).

(1) CIC., P. dom., 13.

(2) CIC., loc. cit., dit que les pontifes doivent, dans leur enquête, tenir compte *generum* et *sacrorum*. Cf. 14 : « Ita adoptat ut ne quid aut de dignitate generum aut de sacrorum religione minuatur. »

(3) GAIUS, I, 99. GELL., V, 19, a conservé la formule de cette dernière interrogation.

à son culte gentilice (*detestatio sacrorum*). La renonciation se faisait dans les comices calates (1). Elle consistait en une déclaration solennelle faite en prenant le peuple à témoin (2). Aucun texte ne rattache explicitement la *detestatio sacrorum* à l'adrogation; cependant on est d'accord aujourd'hui pour admettre qu'elle trouvait ici son application principale (3).

L'adrogation ayant pour but d'empêcher l'extinction d'un culte gentilice était une institution exclusivement patricienne. Tout au plus a-t-elle été étendue à ceux des plébéiens qui se constituèrent en *gentes*. Mais, pour la réaliser, il fallait trouver un chef de famille patricien qui consentît à être traité comme le fils de l'adrogeant et, par suite, à renoncer au nom et au culte de la *gens* à laquelle il appartenait, à son culte domestique, à son indépendance comme chef de famille et maître de maison. Après quoi, sur la demande des deux parties, le projet d'adrogation était soumis au collège des pontifes et aux comices curiates. Si l'on ne découvrait aucun chef de famille qui fût disposé à échanger son indépendance contre l'honneur de porter le nom d'une *gens* plus noble que la sienne et l'espoir de recueillir une hérédité plus ou moins avantageuse, n'y avait-il aucun moyen d'empêcher l'extinction de la *gens* dont il ne restait plus qu'un chef encore vivant?

II

L'ADOPTION TESTAMENTAIRE.

Dans les auteurs non juridiques de la fin de la République et de l'Empire, on rencontre une institution dont il n'y a pas trace dans les écrits des jurisconsultes : c'est l'adoption testamentaire (4).

(1) Gell., XV, 27 : Curiata (comitia) per lictorem curiatim calari, id est convocari.

(2) Ulp., 56 ad Ed., D., L, 16, 40, pr.

(3) Mommsen, qui avait émis un avis différent, s'est rallié à l'opinion générale, III, 39 (42). Cf. Savigny, *Verm. Schriften*, I, 196. Aulu-Gelle, V, 19, dit, d'une part, qu'elle avait lieu dans les comices calates qui se tenaient sous la direction des pontifes, et, d'autre part, que l'adrogation avait lieu dans les comices curiates dont les pontifes étaient les arbitres. Ce qui prouve bien que la *detestatio sacrorum* se rapportait à une matière ayant un caractère juridique, c'est que le jurisconsulte Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, avait composé un ouvrage en plusieurs livres *De sacris detestandis* (Gell., VI, 12). C'est sans doute à la *detestatio sacrorum* que fait allusion Cicéron lorsqu'il parle des termes consacrés pour la *sacrorum alienatio;* cette expression n'a pas de valeur technique; elle sert à faire antithèse au membre de phrase suivant, où Cicéron parle des moyens de *sacra retinere* (Cic., Or., 42).

(4) L'adoption testamentaire existe aussi dans le droit grec. Voy. Schulin, op. cit., 21.

L'exemple le plus connu est celui d'Octave, adopté par le testament de J. César. Dans cette adoption, on trouve réunies toutes les conditions, sauf une, qui auraient motivé une adrogation. César n'avait pas d'enfants; il était le dernier survivant mâle de la *gens* Julia. Octave, petit-fils d'une sœur de J. César, appartenait à la *gens* Octavia; il était, à la mort de son grand-oncle maternel, chef de maison, son père étant décédé au retour de son gouvernement de Macédoine (1). Mais César n'avait que cinquante-six ans; il pouvait encore espérer des enfants; il avait lui-même prévu cette éventualité, et désigné dans son testament les tuteurs de son fils au cas où il en aurait un. Il est dès lors probable que l'adoption d'Octave était subordonnée à la condition que César n'aurait pas d'enfant mâle.

L'adoption testamentaire, telle que nous la connaissons par cette application, et c'est la seule sur laquelle nous ayons des renseignements précis, nous apparaît comme le complément de l'adrogation (2). Elle était usitée dans le cas où l'adrogation n'aurait pas été admise, parce que l'adrogeant pouvait encore espérer des enfants. Le décès du testateur supprimait l'obstacle qui aurait, de ce chef, empêché l'adrogation. L'adoption testamentaire devait sans doute être également usitée dans le cas où l'adrogé n'était pas disposé à renoncer à sa qualité de maître de maison et à passer sous la puissance de l'adrogeant. Dans l'un et l'autre cas, le citoyen sans enfants se bornait à faire connaître par testament sa volonté d'adopter comme fils le citoyen qu'il avait choisi. Cette déclaration ne suffisait pas à parfaire l'adoption: elle n'était que le point de départ des solennités à accomplir. Dion Cassius dit que l'adoption d'Octave fut soumise à la ratification des comices curiates, et son récit est confirmé par celui d'Appien (3). Il n'est pas douteux que le vote du peuple ne fût précédé de l'enquête des pontifes (4).

L'adoption testamentaire, de même que l'adrogation, faisait considérer l'adopté comme le fils du testateur : il en portait le nom (5).

(1) Suet., Aug., 4.

(2) Michel, *Le droit de cité romaine*, 243, admet l'existence de deux sortes d'adoption testamentaire : l'une qu'il rapproche de l'adoption entre vifs, et qui aurait de tout temps conservé la même physionomie et produit les mêmes effets, moins énergiques que ceux de l'adoption entre vifs; l'autre, qui aurait lieu par un acte du pouvoir législatif. On verra par la suite de nos développements que l'adoption testamentaire diffère essentiellement, à notre avis, de l'adoption entre vifs, soit quant au but poursuivi, soit quant aux circonstances dans lesquelles elle intervient. C'est aussi l'opinion d'Accarias, I, 265.

(3) Dio., XLVI, 47; App., III, 94.

(4) Mommsen, III, 40 (43).

(5) Cela est attesté non seulement pour Auguste, mais aussi pour T. Pompo-

A quelle époque cette sorte d'adoption a-t-elle été introduite dans l'usage? Est-ce aux derniers siècles de la République? Il serait bien singulier, dans ce cas, qu'elle n'eût laissé aucune trace dans les écrits des jurisconsultes. Ce silence s'explique plus aisément dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire si l'adoption testamentaire était à peu près tombée en désuétude, ou, du moins, si elle avait, à cette époque, subi une transformation. Un fragment de Gaius confirme cette hypothèse : l'adoption testamentaire se réduit, au deuxième siècle de notre ère, à une clause par laquelle un testateur impose à l'institué la condition de changer de nom pour pouvoir recueillir l'hérédité (1).

S'il n'était plus nécessaire de recourir à l'adoption testamentaire, c'est que l'institution d'héritier comportait alors une application plus étendue qu'autrefois. Depuis que la liberté de tester avait été admise par la jurisprudence, tout maître de maison pubère, qu'il eût ou non des enfants, pouvait instituer un héritier : sa volonté, régulièrement exprimée, avait force de loi sans qu'on eût besoin de la faire ratifier par les pontifes et par les curies. A la fin de la République, cette extension de la sphère d'application de l'institution d'héritier était pleinement admise. Aussi l'adoption testamentaire avait-elle déjà perdu sa raison d'être. Elle ne confère pas, comme l'adrogation, un droit à l'hérédité ; elle n'est plus qu'une clause inscrite à la fin du testament (2) après l'institution d'héritier.

Les effets qu'elle produit ne suffisent plus à la justifier ; ils se réduisent à deux : l'adoption testamentaire sert à transmettre le nom de l'adoptant ; elle confère à l'adopté le droit exclusif de recueillir les droits de l'adoptant sur ses affranchis. Il est difficile de croire qu'on ait imaginé l'adoption testamentaire pour assurer la transmission des droits de patronat, et qu'on ne se soit pas préoccupé de la transmission de l'hérédité. Quant à la transmission du nom, on a si bien reconnu que l'adoption était inutile qu'on en a fait une simple clause du testament.

L'adoption testamentaire n'a pu être imaginée qu'à une époque où l'adoption était la seule manière de transmettre un nom gentilice sur le point de s'éteindre, et avec ce nom le culte

nius Atticus. Adopté par le testament de son oncle maternel, Q. Cæcilius, il porte les noms de Q. Cæcilius Q. f. Pomponius Atticus (Nepos, Atticus, 5 ; Cic., Ad Att., III, 20) ; il est par conséquent désigné comme le fils de l'adoptant. (Cf. Mommsen, *Étude sur Pline le Jeune*, trad. Morel, p. 36.)

(1) Gaius, 2 Fideic., D., XXXVI, 1, 63, 10. Cf. Pegasus, in Ulp., 76 ad Ed., XXXIX, 5, 19, 6.

(2) Suet., Cæs., 83.

et l'hérédité de l'adoptant (1), où, par conséquent, l'institution d'héritier avait une application plus restreinte qu'aux derniers siècles de la République.

L'adoption testamentaire tend au même but que l'adrogation; comme elle, elle doit, selon toute vraisemblance, remonter aux premiers siècles de Rome. S'il en est ainsi, dans quelle forme avait-elle lieu à cette époque? Il y a là un problème que nous ne sommes pas en état de résoudre. Suffisait-il que le projet d'adoption fût exprimé devant témoins, pour être soumis aux pontifes et au peuple après la mort de l'adoptant? ou bien le projet leur était-il soumis par l'adoptant lui-même, comme cela avait lieu pour l'institution d'héritier? Dans la première alternative, le rejet de la proposition avait des conséquences plus graves que dans l'adrogation : le nom et le culte gentilices auraient été définitivement éteints; il n'y avait plus personne qui eût qualité pour faire une nouvelle proposition. Dans la seconde alternative, peut-on admettre que la qualité de fils fût offerte à l'adopté sous la condition de son acceptation au décès de l'adoptant (2)? Peut-être ne s'est-on pas laissé arrêter par cette objection. L'acquisition de la qualité de fils n'avait lieu ici que pour la forme, pour motiver la transmission du nom, du culte et de l'hérédité. Ce qui le prouve, c'est qu'on pouvait acquérir la qualité de fils à l'égard d'une personne incapable d'avoir la puissance paternelle.

L'adoption testamentaire était, en effet, vue si favorablement qu'elle était permise même aux femmes. Lorsque le dernier survivant d'une *gens* était une femme, pourquoi ne pas lui permettre de perpétuer le nom et le culte de sa *gens*? On ne pouvait objecter, comme pour l'adrogation, que la puissance paternelle ne pouvait appartenir à une femme, puisque l'adoption testamentaire ne produisait son effet qu'au décès de la femme. L'adoption testamentaire par les femmes était admise au temps de Cicéron (3). En l'absence de documents plus anciens, nous ne pouvons dire depuis quelle époque elle fut usitée (4).

(1) Cic., P. dom., 13 : Quas adoptiones, sicut alias innumerabiles, hereditates nominis, pecuniæ, sacrorum secutæ sunt.

(2) La raison de douter vient de la règle mentionnée par Labéon (ap. Paul, 11 quæst., D., 1, 7, 34) : Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.

(3) Cic., Ad Att., VII, 8.

(4) L'adopté prenait le prénom du père de la femme, comme cela avait lieu du reste pour les esclaves affranchis par une femme. (Mommsen, *Étude sur Pline le Jeune*, p. 37.)

III

L'ADOPTION ENTRE VIFS.

I. — L'adoption ne fut pas créée pour servir, comme l'adrogation, à perpétuer le nom et le culte d'une *gens* patricienne sur le point de s'éteindre. Cela ressort d'une règle consacrée par la jurisprudence des pontifes en matière d'adrogation, et qu'on n'a jamais songé à appliquer à l'adoption : on ne peut pas adroger une femme, tandis qu'on peut très bien adopter une fille (1). L'adrogation d'une femme aurait été un moyen peu efficace d'atteindre le but proposé. La femme ne pouvait perpétuer le nouveau nom que pendant la durée de sa vie ; elle ne pouvait le transmettre à ses enfants, qui étaient dans la famille et dans la *gens* de leur père. Voilà pourquoi l'adrogation des femmes fut écartée par la jurisprudence, et non pas seulement, comme le dit Aulu-Gelle, parce qu'elles n'avaient pas accès aux comices. Aussi Gaius ne fait-il pas la moindre allusion à un empêchement absolu : les femmes ne peuvent être adrogées, parce que telle est l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence (2). Si la raison donnée par Aulu-Gelle était exacte, on ne voit pas pourquoi l'on aurait maintenu cette incapacité alors que, depuis des siècles, les comices n'étaient plus convoqués.

Si l'adoption des filles n'a jamais fait difficulté, quel but servait-elle à réaliser, ainsi que l'adoption en général? Considérons d'abord l'effet de l'adoption vis-à-vis de l'adoptant : l'adopté est traité comme le fils de l'adoptant ; par suite, il porte son nom, il est associé à son culte domestique, il a vis-à-vis de lui la qualité d'héritier sien. De ces trois effets de l'adoption, le premier, nous venons de le montrer, n'a ici qu'une importance secondaire. L'effet principal, celui qu'on a eu en vue lorsqu'on a créé l'adoption, c'est le troisième : on a voulu établir un nouveau moyen de se procurer des héritiers siens. A défaut d'héritiers siens issus d'un mariage légitime, on aura des héritiers siens issus de l'adoption.

L'adoption fait-elle double emploi avec le testament? N'avait-on pas déjà la faculté d'instituer des héritiers dont la situation était presque entièrement modelée sur celle des héritiers siens? Nous

(1) Gaius, I, 101, 102 ; Ulp., VIII, 5.
(2) Gaius, I, 101 : *id magis placuit*.

croyons plutôt que l'adoption fut imaginée pour remédier à l'insuffisance des deux modes de tester primitivement usités. Le testament se faisait dans les comices ou au moment de marcher au combat. Les plébéiens pouvaient sans doute tester *in procinctu*, mais avaient-ils accès dans les comices calates? C'est très douteux, de sorte qu'en temps de paix, s'ils n'avaient pas d'enfants, ils étaient dans l'impossibilité de choisir leur héritier. L'adoption vint combler cette lacune (1).

L'adoption, créée dans l'intérêt des plébéiens, fut utilisée par les patriciens. Elle leur servit à perpétuer leur nom dans des cas où ils n'auraient pu recourir à l'adrogation.

1° Le chef d'une maison patricienne peut adopter un enfant « à titre de fils », en prévision du cas où son propre fils mourrait avant lui sans laisser d'enfants.

2° Un patricien qui a un fils en bas âge prévoit le cas où il serait surpris par la mort et où son fils mourrait encore impubère. A défaut de l'adoption, le nom de cette *gens* s'éteindrait fatalement. Le père ne pourrait prévenir cette extinction par une adrogation, parce qu'il a un fils, et ce fils ne le pourra pas non plus, parce qu'il est impubère. Ce résultat sera conjuré par l'adoption : le chef de maison adoptera un enfant qui sera censé né de son fils (*quasi ex filio natus*). L'adoption produit ici un effet analogue à celui de la substitution pupillaire, mais elle a l'avantage de perpétuer le nom de l'adoptant, et non pas seulement de transmettre son hérédité. De plus, l'adoption subsiste même après que le fils de l'adoptant est devenu pubère. Elle ne porte, du reste, aucune atteinte à son droit de tester : il pourra exhéréder l'adopté comme si c'était son propre enfant.

3° Un patricien, dernier survivant de sa *gens*, prévoit le cas où il viendrait à mourir avant de s'être marié, ou bien étant marié, mais ayant perdu ses enfants, il prévoit le cas où il mourrait sans en avoir eu d'autres. L'adoption lui offre un moyen d'assurer la continuité de son nom, tout en réservant les droits du fils qu'il pourra avoir dans la suite : il adoptera un enfant qui sera censé né d'un fils qui n'existe pas encore (*quasi ex filio incerto*) (2). Dans ce cas comme dans le précédent, l'enfant est adopté « à titre de petit-fils » (*quasi nepos*). Mais dans le dernier cas, il a la qualité

(1) La mancipation de la *familia* était un expédient d'une portée plus restreinte ; elle n'assurait pas, croyons-nous, la continuation du culte et des dettes. Aussi n'y avait-on recours que si l'on était en danger de mort.

(2) Pomp., 20 ad Q. Muc., D., I, 7, 43. Cette adoption conduisait à un résultat singulier : l'adopté était plus âgé que celui dont il était réputé le fils. La règle d'après laquelle l'adoptant doit être plus âgé que l'adopté était encore discutée au temps de Gaius (I, 106).

d'héritier sien, qu'il perdra si l'adoptant a plus tard un fils issu de son mariage, tandis que, dans le premier, l'adopté n'aura la qualité d'héritier sien que si le fils de l'adoptant vient à mourir sans enfants.

Cette extension de la sphère d'application de l'adoption n'allait pas sans difficultés. Le changement de nom, conséquence de l'adoption, n'avait pas grand intérêt pour un plébéien ; mais, pour un patricien, le nom était le signe auquel on reconnaissait les membres d'une *gens*. Pouvait-on se servir de l'adoption en vue d'éluder les règles consacrées par la coutume pour sanctionner le changement de *gens ?* L'adoptant aurait-il pu, de sa propre autorité, associer un étranger à son culte gentilice? Il est très douteux qu'il en ait été ainsi dans le principe. Pour les Romains des premiers siècles, c'eût été un acte aussi illicite que le mariage d'un patricien avec une plébéienne. Il en serait résulté la confusion des familles et des cultes, ce qui était considéré comme une souillure.

Mais lorsque les *gentes* commencèrent à se désagréger, et que le culte fut considéré comme une charge imposée à celui qui recueillait la majeure partie des biens d'un chef de famille, il semble qu'on ait sur ce point attribué à l'adoption l'effet de l'adrogation. L'adopté porte le nom gentilice et même le prénom de l'adoptant, en y joignant un surnom rappelant le nom de son père naturel (1). Cela explique comment l'adoption devint d'un usage fréquent aux derniers siècles de la République. On en trouve d'assez nombreux exemples à Rome et dans le Latium aux sixième et septième siècles (2). C'est à la même époque qu'on vit des patriciens adopter des plébéiens (3).

L'adrogation continua cependant à être interdite aux plébéiens. Les contestations auxquelles donna lieu l'adrogation de Clodius par un plébéien prouvent qu'il n'y avait pour les plébéiens aucune forme légale d'adrogation. Mais on comprend qu'on ait pu soutenir avec quelque fondement qu'il n'y avait pas lieu de maintenir l'interdiction de l'adrogation pour les plébéiens, alors qu'on arrivait à un résultat analogue par l'adoption (4).

(1) Le fils de L. Paul-Émile, adopté par P. Cornelius Scipio, s'appelle P. Cornelius Scipio Æmilianus. Cf. Marquardt, VII, 15 ; Cagnat, *Cours d'épigraphie latine*, 72.

(2) On ne connaît pas d'exemple antérieur à l'an 555 : Gell., V, 19.

(3) Mommsen, *Eph. Epigr.*, I, 155 ; Willems, *Le sénat de la République romaine*, I, 315. L'exemple le plus ancien est celui de L. Manlius Acidinus Fulvianus, consul en 575 et frère de son collègue plébéien Q. Fulvius Flaccus ; il avait été adopté par L. Manlius Acidinus, qui fut préteur urbain en 544. (Liv., XXVI, 23.)

(4) Lange, *Röm. Alterth.*, I, 134 ; Voigt, II, 306.

L'adoption, envisagée dans son but et dans ses cas d'application, présente tous les caractères d'un expédient. Il en est de même lorsqu'on la considère dans sa forme : c'est une invention des légistes.

II. — Les formes de l'adoption ont été combinées de manière à donner à cet acte un caractère exclusivement privé. Il ne touche directement ni au droit public, ni au droit sacré ; on a évité de la sorte l'intervention des pontifes et du peuple. On s'est contenté de placer l'adoption sous la garantie du droit privé. Pour atteindre ce résultat, on a expressément restreint l'application de l'adoption aux fils et aux filles de famille. Le droit privé considère ces personnes comme un objet de propriété; d'où la faculté de les faire passer d'une maison dans une autre. Le droit sacré ni le droit public n'ont pas à s'inquiéter de ce changement, puisque ces personnes n'ont pas la responsabilité du culte domestique ou gentilice, et que le maintien du nom et du culte gentilices est assuré par le chef de leur famille.

Les formalités de l'adoption sont assez compliquées. Elles se divisent en deux phases distinctes : la première a pour but de faire sortir l'adopté de la famille et de la maison de son père ; la seconde, de le faire entrer dans la famille et dans la maison de l'adoptant.

Pour atteindre le premier résultat, on a tiré parti de la règle des Douze Tables qui libère de la puissance paternelle l'enfant trois fois mancipé; mais on a fait ici une application arbitraire de cette règle. Comme dans la *coemtio*, la mancipation n'a lieu que pour la forme : l'acquéreur ne paye pas réellement le prix d'achat; il remet simplement une pièce de monnaie à l'aliénateur, mais aussi n'a-t-il pas le droit d'utiliser les services de l'enfant : il doit, en vertu d'un accord préalable, l'affranchir aussitôt qu'il lui a été mancipé. Il doit en faire autant après la deuxième mancipation, mais après la troisième, l'affranchissement est inutile : l'enfant est définitivement étranger à la maison paternelle. Ainsi se termine la première partie des formalités de l'adoption. Pour une fille ou un petit-fils, tout se réduit à une seule mancipation.

Pour faire entrer l'enfant dans la maison de l'adoptant, on a recours à un procès fictif dans lequel l'adoptant revendique l'adopté comme son fils. Le procès n'a lieu que pour la forme, car les parties sont d'accord par avance. Le rôle de défendeur est rempli soit par la personne à qui le père a mancipé son fils, soit plus ordinairement par le père lui-même, lorsqu'il a eu

la précaution de se faire remanciper son fils après la troisième mancipation (1).

CHAPITRE VII

La propriété.

I

EXTENSION DE LA PROPRIÉTÉ QUIRITAIRE.

§ 1er. — *Transformation des communautés agraires en propriétés privées.*

L'appropriation des terres gentilices est un fait que nous avons déjà signalé. Nous avons vu que la transformation des communautés agraires en propriétés privées est antérieure aux Douze Tables, et qu'elle n'était pas entièrement achevée en 271. Comment cette transformation s'est-elle produite? Il est vraisemblable qu'on a étendu aux terres gentilices un usage qui s'était introduit pour les dépendances du domaine public.

Dès les premières années de la République, on remarque un changement notable dans la façon dont l'État dispose des terres prises à l'ennemi. Jusqu'alors on en faisait d'ordinaire trois parts : l'une était réservée pour les services publics; l'autre était attribuée par le roi à des membres de la cité, souvent à des plébéiens; la troisième formait l'*ager publicus* sur lequel tout citoyen pouvait faire paître son troupeau moyennant une redevance (*scriptura*). Après l'expulsion des rois, les assignations de terres au profit des plébéiens furent supprimées; les patriciens se réservèrent la jouissance exclusive des terres du domaine public (2). Puisque l'État n'était autre chose que la fédération des *gentes*, les membres de ces *gentes* avaient seuls qualité pour jouir des biens de l'État (3). Mais cette jouissance ne pouvait être collective

(1) Gaius, I, 134.

(2) Mommsen, III, 84 (93); Voigt, *Ueber die staatsrechtliche* possessio *und den* ager compascuus *der römischen Republik* (Abh. d. philol. histor. Cl. der K. Sächs. Ges. der Wis.), 1887, p. 248.

(3) La plèbe protesta contre l'exclusion dont elle était frappée. Pourquoi lui refusait-on la jouissance des terres prises à l'ennemi? N'avait-elle pas, pour les conquérir, versé son sang sur les champs de bataille? La situation qui lui était faite était d'autant

comme celle des terres gentilices. La possession en commun n'était possible que dans le cercle restreint des familles d'une même *gens*; étendue à toutes les *gentes* de la cité, elle eût été une source de contestations, un sujet de discorde. On ne pouvait songer, d'autre part, à attribuer à chaque famille la jouissance de parts distinctes; c'eût été leur reconnaître une sorte de droit. Le parti auquel on s'arrêta montre bien le sens pratique des Romains. On accorda à tout chef de famille patricien la faculté d'occuper autant de terres qu'il pourrait en cultiver par lui-même ou par les siens. L'étendue de la jouissance fut proportionnée au nombre de bras dont il disposait. De là l'intérêt des patriciens à conserver et même à augmenter leur clientèle pour maintenir et pour accroître leur prestige et leur puissance. La terre ainsi occupée portait le nom d'*ager occupatorius* (1) ou *arcifinius* (2). L'État en conservait toujours la propriété; l'occupant n'avait que la possession. Comme signe de son droit de propriété, l'État se réservait le droit de révoquer l'édit autorisant l'occupation, et jusque-là de percevoir un impôt.

Dans ce nouveau mode de jouissance de l'*ager publicus*, il y avait une idée susceptible d'être généralisée : l'homme acquiert par son travail un droit à la jouissance exclusive de la terre qu'il cultive. Appliquée à l'*ager gentilicius*, cette idée conduisit à transformer les communautés agraires en propriétés privées. On étendit aux terres gentilices l'usage admis pour les terres du domaine public : chacun des membres de la *gens* fut autorisé à garder la jouissance exclusive de la terre qu'il cultivait et à

plus révoltante que, dans l'occupation de ces terres, d'inévitables abus s'étaient produits. Des patriciens ne se faisaient aucun scrupule d'en prendre plus qu'ils n'en pouvaient cultiver; l'impôt, qui aurait grossi le trésor public et diminué les charges de la plèbe, n'était pas régulièrement perçu (LIV., IV, 51; VI, 5, 36). Les réclamations devinrent très vives après l'institution du tribunat de la plèbe. Le consul Sp. Cassius résolut de donner satisfaction aux plébéiens. En 268, les Herniques venaient de faire leur soumission; il proposa d'attribuer à la plèbe les terres conquises et de parfaire ce qui manquait pour donner une part à chacun, en retirant aux patriciens une portion des terres qu'ils avaient occupées. L'opposition du patriciat fit échouer ce projet. L'occupation de l'*ager publicus* demeura jusqu'à la loi Licinia, de 387, un privilège des patriciens. C'est seulement à cette date que la qualité de citoyen suffit pour y donner droit. VOIGT, op. cit., p. 252, pense que, dans l'intervalle, on donna dans une certaine mesure une compensation aux plébéiens, en leur concédant un droit à l'*ager compascuus*. Ce droit n'existait d'ailleurs qu'au profit des colons sur des terres attenant à leur concession individuelle, et au profit des habitants de certains *vici*. P. DIAC., v° *Compascuus*; SIC. FLACC., 152, 12; 157, 9; HYGIN., 202, 1; 116, 23. Cf. MOMMSEN, III, 88 (97).

(1) *Gromatici veteres*, éd. Lachmann, 138, 3 : Occupatorii autem dicuntur agri quos quidam arcifinales vocant...; quibus agris victor populus occupando nomen dedit... Deinde ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum arcifinalem dixit. (BRUNS, 348.)

(2) FRONTIN, I, 5; 5, 6; BALB., 99, 8.

transmettre sa jouissance à ses enfants. L'*ager occupatorius* eut son pendant dans l'*ager occupaticius* (1).

La première fois qu'il est fait mention dans l'histoire des occupations de l'*ager publicus*, c'est en 268, à l'occasion du projet de loi agraire présenté par le consul Sp. Cassius (2). C'est de la même époque que date l'appropriation des terres gentilices. Mais tandis que l'occupation des parcelles détachées de l'*ager publicus* ne conférait qu'une possession révocable, pour les terres gentilices on admit que la possession se convertirait en propriété quiritaire, lorsqu'elle se serait continuée sans interruption pendant un certain délai. Aucune solennité ne fut ici requise pour placer le droit de propriété sous la garantie de l'État : on se contenta du fait matériel de la possession (*usus*) (3).

L'usucapion n'a pas été créée, mais tout au plus réglementée, quant à sa durée, par les Douze Tables. L'appropriation des terres gentilices était, depuis un certain temps, reconnue par l'État : c'est précisément ce qui explique la création des seize premières tribus rurales, qui portent toutes des noms gentilices. L'État avait intérêt à favoriser la transformation des communautés agraires en propriétés privées : il trouvait dans le régime nouveau une base plus solide pour l'assiette de l'impôt. Ce changement dans le régime des terres gentilices eut pour conséquence de rendre moins fréquents et moins étroits les rapports entre les membres des *gentes*. Jusqu'alors, ils avaient eu des intérêts pécuniaires communs; désormais, ils vivront de plus en plus séparés les uns des autres; ils n'auront plus de commun que des intérêts religieux ou moraux et aussi des intérêts politiques. En même temps que les liens qui unissaient les gentils se relâchaient, l'occupation de parcelles de l'*ager publicus* avait pour effet d'accentuer l'inégalité des richesses. L'intérêt que les patriciens attachaient à la conservation des biens patrimoniaux n'était plus aussi vif depuis que les *possessiones* formaient une partie importante de leur fortune.

§ 2. — *Extension aux plébéiens du droit des Quirites.*

Les Douze Tables avaient reconnu à tout citoyen, soit la faculté d'acquérir un droit sanctionné par l'État en vertu d'un legs, d'un

(1) P. Diac. : *Occupaticius* ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propriis ab aliis occupatur.

(2) Liv., II, 41 : Adjiciebat... agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabantur.

(3) Festus : « *Possessiones* appellantur agri late patentes, publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat colebat. » A la diffé-

nexum, d'un *mancipium*, soit la faculté d'invoquer l'*auctoritas* résultant de l'usucapion. Dès lors, la distinction entre plébéiens et patriciens perdit son intérêt pratique, du moins quant au droit privé. A ce point de vue, il n'y avait plus de raison pour maintenir les plébéiens en dehors des curies. S'il est vrai, comme l'affirme Gaius, que les Romains n'aient connu dans le principe d'autre propriété que la propriété quiritaire, les plébéiens ont dû être admis dans les curies vers le temps des Douze Tables. Le droit que les décemvirs leur avaient reconnu mérita dès lors le nom de droit des Quirites. Les plébéiens purent affirmer en justice qu'ils étaient propriétaires d'après le droit des Quirites.

Jusqu'à ce moment, s'ils ne pouvaient se dire propriétaires quiritaires, n'avaient-ils pas tout au moins la faculté d'invoquer la propriété de leur auteur lorsqu'ils avaient acquis une *res mancipi* d'un patricien? Nous nous bornons à poser la question; les éléments de solution font défaut.

II

DES MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

Les jurisconsultes classiques rangent les modes d'acquérir en deux catégories, suivant qu'ils appartiennent au droit civil ou au droit des gens (1) : la première comprend la mancipation, l'*in jure cessio*, l'usucapion, l'adjudication, la loi ; la seconde, l'occupation et la tradition. Les modes du droit civil sont réservés aux citoyens romains et aux pérégrins jouissant du *commercium ;* ceux du droit des gens sont accessibles à tous les pérégrins (2). Dans l'ancien droit, l'intérêt pratique de la distinction est plus considérable : les modes d'acquérir du droit civil confèrent seuls la propriété quiritaire ; les modes du droit des gens offrent à celui qui peut les invoquer le moyen de repousser toute réclamation de la part des tiers et, par suite, de conserver la possession de la chose. Nous étudierons en ce moment les deux modes principaux d'acquérir entre vifs la propriété quiritaire : l'usucapion et la mancipation (3).

rence des terres concédées par l'État et dont les limites étaient fixées par des lignes régulièrement tracées, l'*ager occupaticius* était *non limitatus*.

(1) Gaius, 2 rer. quot., D., XLI, 1, 1 pr. : Quarumdam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peræque servatur, quarumdam jure civili, id est jure proprio civitatis nostræ; et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est ut de hoc prius referendum sit.

(2) Ulp., XIX, 4.

(3) Nous aurons plus tard à déterminer le caractère de l'*in jure cessio* et l'extension

§ 1er. — *L'usucapion.*

En droit classique, la possession, quelle qu'en soit la durée, est impuissante à faire acquérir la propriété, si elle n'est fondée sur un juste titre; elle doit en outre être de bonne foi, si le possesseur tient sa chose d'un non-propriétaire. L'usucapion comporte à cette époque deux applications distinctes : elle confère la propriété quiritaire, soit à celui qui, en vertu d'un juste titre, a reçu la chose d'une personne qu'elle croyait le véritable propriétaire, soit à celui qui, traitant avec le véritable propriétaire, a reçu par simple tradition une *res mancipi* (1). En était-il de même dans l'ancien droit?

De ces deux applications, la seconde est motivée par le désir de dispenser les parties de recourir aux solennités de la mancipation, qui sont une entrave à la célérité des opérations commerciales. Elle ne saurait remonter à une époque comme celle des décemvirs, où les relations d'affaires étaient fort restreintes, où l'on venait de reconnaître à tous les citoyens la faculté d'invoquer la protection de la loi en faisant usage de la mancipation. Quant à la première application, il est bien difficile de lui assigner une date trop reculée. Il y a d'abord un cas où l'on peut affirmer qu'elle n'était pas admise : Cicéron nous apprend que la disposition des Douze Tables ne visait que l'usucapion des fonds de terre, et non celle des maisons (2). Même en exceptant les maisons, quel est le juste titre qui aurait pu fonder l'usucapion? Est-ce la mancipation? Mais nous verrons que ce mode d'acquérir la propriété ne s'appliquait, dans le principe, qu'aux objets mobiliers. L'*in jure cessio?* Il est très douteux qu'elle ait été usitée à cette époque pour acquérir la propriété.

Quelle était donc l'utilité de l'usucapion dans l'ancien droit? Les Douze Tables ne disent pas que l'usucapion confère un droit, comme le legs, le *nexum*, le *mancipium;* elles disent qu'elle procure une garantie (*auctoritas*). Si le propriétaire au préjudice de qui a lieu l'usucapion s'avise de revendiquer la chose, celui qui l'a usucapée triomphera en invoquant comme garantie l'usage qu'il a fait de la chose pendant le temps fixé par la loi. Cette

progressive de sa sphère d'application. Nous pouvons constater dès à présent que l'emploi de l'*in jure cessio* pour l'acquisition de la propriété était considéré comme anormal. Gaius, II, 25 : « Plerumque tamen, et fere semper, mancipationibus utimur. » Cf. Garsonnet, *Hist. des locations perpétuelles*, 59.

(1) Gaius, II, 41, 43.

(2) Cic., Top., 4, 23; Boèce, ad h. l.

garantie étant absolue, celui qui a usucapé n'a rien à craindre; il est aussi fortement protégé que s'il était propriétaire; on n'hésite pas à le traiter comme tel (1).

Dans quels cas l'usucapion faisait-elle acquérir la propriété? Remarquons tout d'abord qu'elle ne s'applique ni aux maisons, d'après le témoignage de Cicéron, ni aux *res nec mancipi,* s'il est vrai, comme nous l'avons montré, qu'elles n'étaient pas dans le principe susceptibles de propriété quiritaire (2), ni aux choses volées, d'après une disposition spéciale des Douze Tables. Elle ne se conçoit pas non plus pour les fonds de terre dont on se serait emparé par violence; on accorde au propriétaire dépossédé un délai suffisant pour se faire rendre sa chose.

L'usucapion faisait acquérir la propriété des fonds de terre et des *res mancipi* mobilières, c'est-à-dire des esclaves et des bêtes de trait ou de somme abandonnés par leur maître. Elle s'appliquait également aux femmes qui étaient entrées dans la famille de leur mari sans *confarreatio* ni *coemtio.* Elle faisait enfin acquérir les servitudes rurales. Dans ces divers cas, celui qui s'emparait du fonds de terre, de l'esclave, de la femme, en acquérait la propriété à deux conditions : 1° il fallait d'abord qu'il fît usage de la chose. Ce qui fonde l'usucapion, ce n'est pas le fait matériel de la possession avec la volonté de se comporter en maître : les questions d'intention sont étrangères à l'ancien droit; c'est l'*usus,* c'est-à-dire le fait

(1) Cic., Top., 4 : « Usus auctoritas fundi biennium est... ceterarum rerum... annuus usus est. » Cf. Cic., P. Cæc., 19 : « Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium; at utimur eodem jure in ædibus, quæ in lege non appellantur. » Le texte des Douze Tables, dans les termes où il est rapporté dans les Topiques, a été interprété de deux manières. Cf. Dirksen, *Zwölf-Tafel,* 412; Ortolan, I, 110; Carle, *Le origini del diritto romano,* 498; Burckard, Z. f. R. G., VII, 102. Les uns rattachent le mot *usus* (au génitif) au mot *auctoritas* et y voient une locution exprimant une idée unique, celle de la garantie contre l'éviction que procure l'usage. Les autres prennent *usus* et *auctoritas* disjonctivement et les rapportent, le premier à l'usucapion, le second à l'obligation de garantie qui découle de la mancipation. (Voigt, II, 203; Kuntze, II, 143; Esmein, *Mélanges,* 174.) De ces deux interprétations, la seconde nous paraît difficile à admettre : si l'*auctoritas* dont il s'agit ici est celle qui découle de la mancipation, il faudrait démontrer au préalable que la mancipation des fonds de terre était usitée au temps des Douze Tables. Quant à la première, elle est exacte au fond; mais dans la forme, nous la modifierons ainsi qu'il suit : l'usage (considéré comme garantie) d'un fonds est de deux ans. *Usus* est le sujet de la phrase, l'objet principal des développements qui suivent. Cicéron ne parle plus d'*auctoritas* à propos des *ceteræ res,* parce que dans sa pensée ce mot exprime une simple conséquence de l'*usus.* Dans Cic., de har., 7, *jus auctoritatis* paraît désigner l'usucapion. (Girard, *Garantie,* 4.) Cf. Huschke, Z. f. g. Rw., XIV, 147; Schirmer, *Die Grundidee der Usucapion,* 1857, p. 34.

(2) Cette opinion est confirmée par une disposition des Douze Tables : l'usucapion des *res mancipi* d'une femme en tutelle est défendue. Cette prohibition resta toujours renfermée dans les limites fixées par les décemvirs, bien que l'usucapion eût été dans la suite étendue aux *res nec mancipi.*

de se servir de la chose conformément à sa destination : cultiver un champ, tailler la vigne, émonder les arbres, voilà les faits qui constituent l'usage de la chose, tel qu'on l'exige pour l'usucapion. 2° Il faut ensuite que cet usage se prolonge pendant deux ans s'il s'agit d'un fonds de terre, pendant un an pour toute autre chose (1). La brièveté du délai de l'usucapion s'explique bien moins par le peu d'étendue du territoire de la cité que parce qu'il n'en fallait pas davantage pour s'assurer que la chose n'était plus nécessaire aux besoins de la famille. Ce délai protégeait très efficacement la propriété familiale. L'usucapion supposait le consentement tacite des fils du propriétaire; il dépendait d'eux de l'empêcher.

Il y a deux manières d'interrompre l'usucapion : la première consiste à enlever la chose au tiers qui s'en est emparé, en l'empêchant ainsi de s'en servir (*usurpare*, de *usui rapere*) (2) : c'est l'interruption naturelle. La seconde a été établie par les interprètes des Douze Tables (*jure civili*). Elle consiste à faire un acte qui démontre qu'on entend continuer à prendre soin de la chose : par exemple, émonder un arbre (*surculum defringere*) (3). Cet acte, qui, au temps de Cicéron, est devenu un acte symbolique, fut, à l'origine, vraisemblablement un acte réel, usité dans le cas spécial où il s'agissait d'une propriété plantée d'arbres. C'était l'interruption civile de l'usucapion. Les modes variaient suivant la nature de l'objet. Pour une femme mariée, les Douze Tables décident que la femme devra, chaque année, quitter le domicile conjugal pendant trois nuits (4).

En somme, l'usucapion faisait acquérir la propriété d'objets auxquels le propriétaire était présumé avoir renoncé, par suite de sa négligence à en user. Rien d'étonnant, dès lors, qu'on n'exigeât ni le juste titre, ni la bonne foi (5). La propriété, aux

(1) GAIUS, II, 54; CIC., P. Cæc., 19; Top., 4.

(2) PAUL, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 2 : *Usurpatio est usucapionis interruptio*. PAUL ajoute : *oratores autem usurpationem frequentem usum vocant*. De là l'étymologie *usu rapere*, dans le sens de prendre possession, indiquée par BRÉAL et BAILLY, *Dict. étym.*, p. 416. Cf. VOIGT, II, 230.

(3) CIC., De orat., III, 28.

(4) GAIUS, I, 111; Q. MUC., ap. GELL., III, 2; MACR., Sat., I, 3, 9. Il est probable que le livre d'Appius Claudius Cæcus (cos. 447, 457) *De usurpationibus* contenait l'énumération des divers modes d'interruption civile de l'usucapion.

(5) Cette opinion présentée par STINTZING, *Das Wesen von* bona fides *und* titulus *in der römischen Usucapionslehre*, 1852, compte de nombreux adhérents : PERNICE, *Labeo*, II, 152; KRUEGER, sur Puchta, II, 208; COGLIOLO, sur PADELETTI, *Storia*, 230; VOIGT, II, 232; ESMEIN, *Mélanges*, I, 172. Cf. MAYNZ, I, 761. Mais ces auteurs pensent que l'usucapion « n'aurait pas pu vivre si l'on n'y avait vu avant tout une protection pour les acquéreurs sérieux et de bonne foi ». Si elle profitait parfois à la mauvaise foi, c'était « une conséquence forcée de la protection commode et sûre dont jouissait le plus souvent la bonne foi ». (ESMEIN, p. 179.) Cette observation, qui donne une

yeux des Romains, tirait sa légitimité de son affectation aux besoins de la famille. Si le propriétaire cessait de cultiver son champ, pourquoi empêcher son voisin d'en tirer profit? Pourquoi conserver quand même au propriétaire un droit qui lui est inutile? Si, pendant deux ans, il pouvait suffire aux besoins de sa famille sans avoir recours aux produits de ce champ, son droit ne méritait plus la garantie des curies. La faculté d'usucaper un fonds de terre était une prime accordée à celui qui cultivait le champ délaissé par le propriétaire (1). C'est pour le même motif que le possesseur de mauvaise foi gagnait les fruits industriels qu'il avait perçus avant d'être poursuivi en justice par le propriétaire : c'était une compensation pour la peine qu'il avait prise de cultiver le champ (*pro cultura et cura*) (2). De même, les servitudes rurales, de passage, de puisage et d'aqueduc s'acquéraient par usucapion; elles étaient au nombre des choses qui pouvaient être nécessaires aux besoins de la famille (3).

L'usucapion des femmes, des esclaves, des bêtes de trait ou de somme s'explique par une raison analogue; c'est un devoir pour le chef de famille de pourvoir à leurs besoins : s'il cesse de le remplir pendant une année entière, il n'est plus recevable à invoquer le droit des Quirites. Ce droit sera attribué au citoyen qui aura recueilli chez lui la femme, l'esclave ou l'animal. La propriété lui sera acquise comme récompense des soins qu'il leur a donnés pendant une année entière.

On conçoit dès lors pourquoi les Douze Tables ont écarté l'usucapion dans un certain nombre de cas : 1° d'abord pour les choses volées. La loi, consacrant sans doute une coutume antérieure, n'avait pas voulu favoriser ceux qui s'étaient mis en possession contre le gré du propriétaire (4). 2° L'usucapion n'est pas admise pour les *res mancipi* des femmes pubères placées sous la tutelle de leurs agnats (5). 3° L'usucapion est également interdite pour la bande de terre qui sépare les propriétés contiguës et que

idée juste des raisons qui ont fait maintenir l'usucapion en droit classique, ne suffit pas, à notre avis, pour expliquer le rôle de l'usucapion au temps des Douze Tables.

(1) Mommsen, III, 28, n. 3 (30, n. 1), fait très justement observer que la disposition des Douze Tables vise le *fundus* et non l'*heredium*.

(2) Cf. Pomp., 22 ad Q. Muc., D., XXII, 1, 45; Esmein, *Mélanges*, 189.

(3) La loi Scribonia supprima cette application de l'usucapion lorsqu'on envisagea la propriété et les servitudes d'après leur valeur pécuniaire, indépendamment de leur affectation aux besoins de la famille.

(4) Cette disposition visait primitivement l'auteur du vol. Plus tard le vol fut considéré comme un vice inhérent à la chose. Lorsqu'on exigea pour usucaper la bonne foi et le juste titre, l'usucapion fut interdite au voleur en raison de sa mauvaise foi; on appliqua alors la règle des Douze Tables aux tiers acquéreurs de bonne foi. Gaius, II, 45, 49. Cf. Stintzing, op. cit., 10; Esmein, 181.

(5) Gaius, II, 47.

la loi prescrit de laisser en friche (1). 4° Enfin, les décemvirs prohibent l'usucapion de certaines parcelles de terre, telles que l'espace libre qu'on laisse devant un tombeau (*forum*), ou le terrain sur lequel on a brûlé un mort (2). Si le propriétaire les laissait sans culture, c'était par un sentiment de respect que la loi ne pouvait manquer d'approuver. Elle n'a pas voulu qu'un tiers pût s'en prévaloir pour chercher à acquérir la propriété de ces terres par usucapion.

On voit combien la notion antique de l'usucapion diffère de celle du droit classique; elle n'a ni la même raison d'être, ni la même étendue. Elle n'a pas disparu entièrement avec les causes qui lui avaient donné naissance; on en trouve encore au temps de Gaius des vestiges très reconnaissables dans un cas où des raisons particulières l'ont fait maintenir, dans l'usucapion à titre d'héritier. Anciennement, dit Gaius, il était permis au premier venu de s'emparer des biens d'une hérédité vacante et d'en acquérir la propriété au bout d'un an. L'inaction des héritiers faisait présumer qu'ils ne voulaient pas de la succession; l'intérêt du culte, aussi bien que celui des créanciers, commandait de ne pas laisser les biens à l'abandon. La situation était analogue pour le champ délaissé par son maître. A défaut de l'intérêt du culte ou de celui des créanciers, il y avait une autre raison qui devait faire refuser au propriétaire insouciant la protection des curies; elles entendaient garantir la libre jouissance des biens nécessaires à la famille : la conduite du propriétaire prouvait que ces biens lui étaient désormais inutiles. La propriété des choses susceptibles d'usucapion n'était pas garantie par la loi d'une manière irrévocable, mais en tant qu'elles restaient affectées à leur destination naturelle, c'est-à-dire aux besoins de la famille de celui à qui elles appartenaient.

Ce mode d'acquérir la propriété présentait bien des dangers. On ne tarda pas à s'en apercevoir, lorsque les circonstances qui avaient motivé l'application de l'usucapion aux fonds de terre se furent modifiées. S'il n'y avait pas d'inconvénient à admettre la transformation d'un droit collectif en un droit privatif, il n'en fut pas de même lorsque le bénéfice de l'usucapion fut réclamé par des tiers qui n'avaient sur la chose aucun droit antérieur. On avait, sans le vouloir, ouvert la porte à tous les usurpateurs. Nous aurons à rechercher comment les prudents et les préteurs ont porté remède à cette situation, soit en subordonnant l'acquisition de la propriété à la double condition du juste

(1) Voy. cep. Voigt, II, 235.
(2) Cic., De leg., II, 24. Cf. P. Diac., v^is *Forum* et *Bustum*.

titre et de la bonne foi, soit en accordant la restitution en entier à ceux dont la propriété aurait été usucapée pendant une absence motivée par le service de l'État.

§ 2. — *La mancipation.*

L'usucapion était un mode d'acquérir peu compatible avec les besoins du commerce. Elle était insuffisante pour les choses susceptibles de changer de mains assez fréquemment, comme les bêtes de trait ou de somme. Lorsque, dans une maison, le nombre des animaux ou des esclaves venait à dépasser les exigences de l'exploitation, le maître avait intérêt à s'en défaire pour se procurer à la place d'autres objets qui lui fussent plus utiles. Il fallait pour cela un mode plus expéditif qui permît de transférer et d'acquérir sans délai la propriété quiritaire : ce fut la mancipation.

La mancipation est un acte solennel qui présente les deux traits essentiels de la vente : l'appréhension d'une chose par l'acquéreur du consentement de l'aliénateur, le payement d'un prix. Mais la mancipation a une portée moins étendue : c'est le mode d'aliénation propre aux *res mancipi* (1). Elle sert à procurer les choses nécessaires aux besoins de la famille (*familia, res mancipi*) au moyen de choses comprises dans la fortune individuelle (*pecunia, res nec mancipi*). Tel est le but de la mancipation. Nous avons à en déterminer la forme et les effets dans l'ancien droit.

I. — La mancipation n'est pas une création originale des légistes de Rome ; c'est une simple application de l'acte *per æs et libram*. Pour répondre aux besoins du commerce juridique, l'ancien droit ne connaît qu'une seule forme d'acte : l'acte *per æs et libram*. Trois éléments en composent la solennité : une déclaration solennelle, la présence de témoins, l'emploi de l'airain et de la balance (2).

a) Les termes de la *nuncupatio* variaient suivant la nature de l'acte à réaliser. Il y avait trois formules distinctes, correspondant à chacun des trois actes qui avaient lieu par l'airain et la balance : la mancipation, le prêt (*nexum*), le payement ou plus exactement l'acte de libération. L'emploi de la balance s'explique par la nature des actes pour lesquels il est nécessaire. La mancipation, le prêt, le payement, supposent la remise d'une certaine

(1) Ulp., XIX, 3.
(2) Varr., L. l., V, 105 ; Gaius, III, 173 : *per æs et libram agere*.

quantité de métal qui dut être pesé tant que l'usage de la monnaie ne se fut pas généralisé (1).

b) Tout acte par l'airain et la balance exige le concours de sept personnes, non compris les parties intéressées. Ces personnes sont le porte-balance (*libripens*), l'*antestatus* et cinq témoins.

Le porte-balance (2) est chargé d'effectuer la pesée, probablement avec une balance et des poids qu'il apportait lui-même. Il avait sans doute le caractère d'un expert qui, étant désintéressé dans l'affaire, méritait toute confiance. Son intervention était une garantie pour les deux parties.

L'*antestatus* était chargé de convoquer les témoins et le *libripens* et de les inviter à remplir leur rôle (3). Lorsque tous les témoins et le *libripens* avaient accepté de prêter leur concours à l'acte, la mission de l'*antestatus* était terminée. L'*antestatus*

(1) Voigt, I, 197 ; II, 483, pense que l'expression *per æs et libram* n'est pas celle qui fut usitée dans l'origine ; à l'époque où les Romains n'employaient pas l'airain comme instrument d'échange, on pouvait se servir de choses susceptibles d'être pesées, particulièrement de denrées. A l'appui de cette opinion il invoque trois faits : 1° le *mutuum* s'appliquait régulièrement à ces sortes de choses ; 2° la libération par l'airain et la balance s'applique au legs *per damnationem* ayant pour objet une quantité déterminée de choses qui se pèsent ou se comptent (Gaius, III, 175) ; 3° dans les Douze Tables, l'objet du *nexum* est appelé non pas *æs*, mais *nuncupata pecunia*. De ces trois arguments, le premier ne paraît pas probant : entre le *mutuum*, qui fut primitivement un acte fiduciaire, qui par essence était gratuit, et le *nexum*, qui produisait de gros intérêts et donnait lieu à la *manus injectio*, il y a une différence telle qu'on ne saurait conclure de l'un à l'autre. On conçoit que des rapports de bon voisinage conduisent à prêter non seulement de l'argent, mais des denrées, des poissons (Varr., R. r., III, 17 ; Pline, H. n., IX, 55 ; Cat., R. r., 5,3 ; Cic., *De leg. agr.*, II, 30), tandis que la loi réservait le droit exorbitant résultant du *nexum* au prêt qui avait pour objet une chose plus difficile à se procurer que des denrées ou du poisson, c'est-à-dire de l'airain. Le troisième argument repose sur une simple conjecture. Voigt applique au *nexum* la locution *nuncupata pecunia* qu'on lit dans Festus ; rien ne prouve l'exactitude de cette assertion. Pour le legs *per damnationem*, il est vrai qu'il est éteint par la libération *per æs et libram*, même s'il a pour objet des choses quelconques susceptibles d'être pesées. Mais on remarquera qu'au temps de Gaius la libération par l'airain et la balance était un acte imaginaire, et que du jour où elle a cessé d'être un acte réel comportant une pesée effective, on a pu étendre cet acte à un cas qui y était d'abord étranger. Une observation de Gaius permet de croire qu'on est ici en face d'une extension : on se demandait si ce mode d'extinction du legs ne devait pas aussi s'appliquer aux choses susceptibles d'être mesurées. Nous verrons d'ailleurs que le legs, comme la stipulation, a dû être restreint d'abord aux dettes d'argent.

(2) Mentionné dans Gell., XV, 13, dans un diptyque de l'an 61, découvert à Pompéi en 1887 (Z. Sav. Stift., 1888, IX, 63 ; Girard, 705) ; dans Gaius, I, 119, etc.

(3) L'*antestatus* demandait solennellement à chacun des témoins s'il consentait à prêter son témoignage (*licet antestari ?*). En cas d'affirmative, il lui touchait l'oreille (*aurem vellere*) pour attirer son attention sur l'acte qui allait s'accomplir. Pline, H. n., XI, 45 : Est in aure ima memoriæ locus quem tangentes antestamur. Plaut., Curc., V, 2, 23 ; Hor., Sat., I, 9, 76 ; Porph., in h. l. Cf. un dyptique de Pompéi de l'an 61 (*Hermes*, 1888, p. 157), et diverses inscriptions, *C. I. L.*, VI, 10239, 10241, 10247 ; Girard, 705 ; Bruns, 252. Cf. Braun, *Jahrb. des Vereins von Alterthumsfreunden im Rheinlande*, XVII, 139 ; Le Blant, *Mélanges* de l'École française de Rome, 1883, p. 36.

intervenait, comme on le voit, plutôt dans les préparatifs de l'acte que dans l'acte lui-même ; il ne jouait qu'un rôle secondaire (1).

Celui qui consent à servir de témoin doit assister à l'acte ; c'est pour cela qu'on l'appelle *superstes* (2). Il est, de plus, tenu éventuellement à prêter son témoignage en justice. A cet effet, il est interrogé par la partie intéressée. Cette interrogation, qui constitue la *testatio*, forme le dernier acte de la solennité (3).

Chaque témoin devait répondre en termes solennels (4). C'est pour cela que les muets étaient incapables d'être témoins (5). Étaient également incapables, les femmes (6), les impubères (7), les prodigues (8), les castrats (9), ceux qui à titre de peine ont été déchus de ce droit (10) : tels sont les témoins et porte-balance qui ont refusé de rendre témoignage en justice, ainsi que les parjures.

Les témoins étaient au nombre de cinq au minimum. Il en était ainsi dans les actes par l'airain et la balance et dans la *manus injectio*. On a conjecturé qu'ils représentaient les cinq classes du peuple romain ; mais si les témoins devaient appartenir aux classes, pourquoi n'exige-t-on pas qu'ils soient *adsidui*, et pour-

(1) C'est sans doute pour cela que Gaius et Ulpien n'en parlent pas. De leur temps les solennités des actes juridiques n'étaient plus rigoureusement observées. L'*antestatus* n'était pas considéré comme un témoin, de même que le porte-balance. Gai. Ep., I, 6, 3; Gaius, I, 172.

(2) Festus : *superstites* testes præsentes significat. Isidor., Or., XVIII, 15, 8.

(3) Gaius, II, 104, a conservé la formule de l'interrogation usitée dans le testament par mancipation.

(4) Paul, III, 4, 4. C'était la *testimonii perhibitio*.

(5) Ulp., XX, 7.

(6) Voy. cep. l'exception faite en 245 par la loi Horatia pour Gaia Tarracia. Gell., VII, 7.

(7) Gaius, I, 29.

(8) Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 1, 18 pr.

(9) Val. Max., VII, 76.

(10) Gell., XV, 13 : Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, *improbus intestabilisque esto*. Cf. Gell., VII, 7. L'*improbus* est celui qui agit contrairement aux usages des honnêtes gens. Cf. Cic., De Rep., III, 22 ; P. Scaur., II, 37. L'improbité entraîne une flétrissure qui met celui qui l'a encourue au ban de la société. Nous n'avons pas idée aujourd'hui de ce genre de peine, et nous arrivons difficilement à comprendre le sort misérable réservé au citoyen condamné par l'opinion publique. Liv., XXVII, 34 : M. Livius erat multis annis ante ex consulatu populi judicio damnatus; quam ignominiam adeo ægre tulerat, ut rus migraret et per multos annos et urbe et omni cœtu careret hominum. Octavo ferme post damnationem anno, M. Claudius Marcellus et M. Valerius Lævinus consules reduxerant eum in urbem ; sed erat veste obsoleta capilloque et barba promissa, præ se ferens in vultu habituque insignem memoriam ignominiæ acceptæ. Cf. Liv., XXII, 61. L'*intestabilis* est déchu du droit de figurer comme témoin dans un acte solennel. Gaius, 22 ad Ed. prov., D., XXVIII, 1, 26 ; Inst., II, 10, 6. Plus tard on refusa à l'*intestabilis* la faculté de convoquer des témoins à un acte qui l'intéresse : Gaius, eod.: eo amplius, ut quidam putant, ne... ipsi dicatur testimonium. Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 1, 18, 1. Cf. Voigt, I, 268; Pernice, *Labeo*, I, 240.

quoi le chiffre de cinq ne serait-il qu'un minimum? Puis, on ne voit pas bien pourquoi l'on aurait exigé que chaque classe fût représentée par un délégué pour assister à un acte qui intéressait médiocrement la cité, à une époque où la mancipation ne s'appliquait pas encore aux fonds de terre. Il est plus vraisemblable que les témoins de la mancipation étaient tout simplement des voisins, comme on le voit dans une loi attribuée à Romulus, qui exige l'approbation de cinq témoins pour autoriser le chef de maison à exposer son enfant (1).

c) Envisagée au point de vue de sa forme, telle que les jurisconsultes classiques la décrivent, la mancipation suppose l'usage de la monnaie, ou tout au moins d'un métal qui puisse servir de commune mesure de la valeur; elle s'applique aux fonds de terre aussi bien qu'aux bœufs et aux esclaves; ce n'est qu'une vente imaginaire. En était-il de même dans l'ancien droit?

1° La mancipation, au temps de Gaius, est un acte *per æs et libram :* il exige l'emploi de l'airain et de la balance. Les Romains ont-ils, dès l'origine, pratiqué cet usage? ou bien ont-ils, comme les Grecs, traversé deux périodes distinctes : l'une où l'on ne connaissait que l'échange, l'autre où l'échange se rapprochait de la vente, le prix consistant en un certain nombre de têtes de petit bétail?

La question ne peut être résolue avec certitude; nous croyons cependant que les Romains appartenaient à une race qui avait déjà traversé ces deux phases de la vie des peuples. Jamais l'échange n'a eu chez eux de nom technique; puis l'usage du cuivre comme instrument d'échange remonte, chez les peuples gréco-italiques, à une époque antérieure à Rome; enfin, Pline déclare, d'après Timæus, qu'avant le règne de Servius on se servait de barres ou de fragments de barres de cuivre (*raudus,* plus tard *æs rude*) (2). On se servait aussi, comme l'ont démontré les fouilles faites à Orvieto, de toute espèce de fragments d'armes ou d'ustensiles de cuivre travaillé (3). Servius est le premier qui ait

(1) Denys, II, 15. Il en était de même en Grèce. Cf. l'inscription de Petilia dans le Bruttium. *C. I. Gr.*, I, 4.

(2) Pline, H. n., XXXIII, 3.

(3) De Rossi, *Bull. del Instit.,* 1881, p. 81. On a prétendu néanmoins que le bétail avait pendant un certain temps servi de moyen d'échange chez les Romains, et l'on a cité plusieurs faits à l'appui. Jusqu'en l'an 300, on ne pouvait agir en justice, dans la forme du *sacramentum*, sans avoir au préalable consigné 5 bœufs ou 5 brebis, suivant l'importance du litige; depuis la loi Aternia Tarpeia, la consignation est de 500 ou de 50 as. (Cic., De Rep., II, 36; Festus, v° *Peculatus;* Gell., XI, 1.) De même jusqu'en 324, le citoyen condamné à une amende devait remettre un certain nombre de bœufs ou de brebis. (Festus, v° *Ovibus;* Varr., L. l., V, 19, 95; R. r., II, 1, 9; Cic.,

marqué le cuivre d'un signe représentant un bœuf ou une brebis (*æs signatum nota pecudum*). A côté du cuivre brut, il y eut dès lors des pièces de cuivre portant une marque officielle qui en garantissait la pureté, sinon le poids (1). La monnaie, d'abord assez rare, ne tarda pas à devenir plus abondante : les conquêtes des Romains accrurent notablement l'encaisse métallique du trésor royal (2).

2° La mancipation fut-elle appliquée, dans le principe, aux immeubles? Pour résoudre cette question, il faut examiner en détail les formes de la mancipation.

D'après Gaius, cet acte exige pour sa formation : 1° la présence de cinq témoins citoyens romains et pubères; 2° la coopération d'un *libripens;* 3° l'appréhension par l'acquéreur de la chose qui fait l'objet de la mancipation; 4° une déclaration faite verbalement (*nuncupatio*) par l'acquéreur; 5° enfin, ajoute Gaius, l'acquéreur frappe la balance avec une pièce d'airain qu'il remet ensuite à l'aliénateur en guise de prix d'achat.

Parmi les conditions requises pour la validité de la mancipation, les unes, telles que la déclaration de l'acquéreur, la présence de témoins, sont faciles à comprendre et concordent avec le résultat que les parties se proposent d'atteindre. Les autres, celles qui concernent l'appréhension de la chose et le rôle du *libripens,* si elles ont toujours été appliquées comme elles le sont au temps de Gaius, ont un caractère artificiel et sont difficiles à justifier. L'appréhension de la chose (*tenere, adprehendere*) n'est requise que pour les meubles, tels que les animaux, les esclaves, et avec une telle rigueur, qu'on ne peut par un seul acte acquérir plus de choses qu'on n'en peut maîtriser avec la main. Pour

De Rep., II, 9.) La loi Julia Papiria fixa à 3,020 as le montant de la *multa suprema,* qui était précédemment de 30 bœufs et 2 brebis. Mais si les pontifes ou les magistrats acceptaient à titre de payement des bœufs ou des brebis, c'est qu'à une époque où le métal était relativement rare, on ne voulait pas aggraver la peine infligée ou rendre la consignation plus difficile, en forçant celui qui en était tenu à se procurer une quantité de métal assez considérable. La vente forcée se fait souvent à des conditions plus ou moins désastreuses : n'était-il pas plus équitable de permettre au débiteur de se libérer envers l'État en livrant directement un certain nombre de têtes de bétail? On a également fait observer que le mot *pecunia,* qui en latin désigne l'argent, dérive du mot *pecus :* donc, a-t-on dit, le bétail tenait lieu primitivement de l'argent. La raison n'est pas décisive : *pecunia* désignait, dans le principe, la partie la plus importante de la fortune du citoyen.

(1) C'étaient des lingots aplatis de forme rectangulaire, pesant environ 5 livres romaines (1,614 à 1,688 grammes). Cf. C. L. Visconti, *Studi e documenti di storia e diritto,* 1880, p. 66.

(2) Fabius Pictor évalue à 40 talents le produit du butin fait dans la seule ville de Pometia. Cette somme suffit à peine à payer les fondations du temple de Jupiter Tarpéien, et pourtant Tarquin le Superbe entreprit bien d'autres constructions. Liv., I, 55.

les meubles qu'on ne peut ainsi maintenir, tels qu'un troupeau, un navire, et pour les immeubles, cette condition, n'étant pas réalisable, n'est pas observée : on peut en manciper plusieurs à la fois, même s'ils sont situés en des lieux différents. On n'exige même pas un simulacre d'appréhension, comme pour la revendication (1). La mancipation est ici distincte de la tradition. D'où vient cette anomalie dans la structure de la mancipation? Faut-il voir dans l'appréhension la règle générale ou l'exception? L'hésitation n'est pas permise en présence de la dénomination de l'acte : la mancipation est ainsi appelée, dit Gaius, parce que l'on prend la chose avec la main (2). Appliqué aux objets qu'on ne peut maîtriser avec la main, le mot mancipation n'a plus de sens. Que doit-on en conclure? C'est que la mancipation n'a été établie, dans l'origine, que pour les meubles, tels que les animaux, les esclaves, les personnes libres soumises au droit du maître de maison. C'étaient les seules choses dont il pût disposer (3). Lorsque, plus tard, on a reconnu au chef de maison la faculté de disposer de ses immeubles, au lieu d'imaginer une solennité nouvelle appropriée à la nature de cette classe de choses, on s'est contenté d'étendre l'application de la mancipation en supprimant une condition qui était ici irréalisable (4).

3° La mancipation a-t-elle été, dès l'origine, un acte imaginaire? Ce que nous venons de dire sur l'extension de la mancipation

(1) Ulp., XIX, 6. Cf. Gaius, IV, 17; I, 121; IV, 131.

(2) Bechmann, *Der Kauf*, I, 41, 70, 145, écarte cette étymologie comme étant sans valeur. *Mancipare*, dit-il, n'est pas *manu capere*, puisque le mot *manciper* désigne l'acte de l'aliénateur, tandis que *manu capere* désigne celui de l'acquéreur. Cette objection ne nous semble pas décisive. Le mot *mancipation* a été pris dans deux sens distincts. Manciper exprime régulièrement le fait de l'acquéreur qui consiste à prendre avec la main : telle est la signification que Plaute (Curc., IV, 2, 10) donne à *mancupare* lorsqu'il l'oppose à *manu emittere*. Par extension, manciper se dit également de l'ensemble de l'acte et peut dès lors s'appliquer à l'aliénateur. On employait d'abord en ce sens le mot *emancupare* ou *emancipare* (Val. Max., VIII, 6, 3; Quintil., VI, 3, 44; Plin., Ep., X, 4; Orelli, 4421, 6634; *C. I. L.*, V, 890; VI, 1527), qui caractérise très bien un acte devant faire sortir une chose de la *manus* de l'aliénateur; plus tard on dit *mancipare*. Cf. Voigt, II, 126. Le même phénomène s'est produit pour le mot *obligation :* régulièrement ce mot désigne l'état de la personne qui est enchaînée par un lien de droit; puis on l'a appliqué à l'acte qui place le débiteur dans cet état, et alors il a pu servir à exprimer le rapport de droit vu du côté actif, c'est-à-dire la créance.

(3) Pourquoi la propriété d'un fonds de terre ne pouvait-elle s'acquérir par mancipation tout aussi bien qu'en vertu d'une usucapion? C'est qu'on a voulu entourer de plus de garanties l'aliénation d'un fonds de terre que celle d'un esclave ou d'un cheval. En cas d'usucapion, on prend en quelque sorte à témoin la cité tout entière en exigeant qu'on use de la chose, au vu de tous, pendant deux ans; dans la mancipation, on se contente de la présence de cinq témoins. Dans le premier cas, l'aliénation ne pourra être consommée sans l'assentiment tacite des enfants du propriétaire. Dans le second, le père a le droit de disposer librement de ses *res mancipi* mobilières, sous la réserve du droit de ses enfants à le faire interdire pour prodigalité.

(4) Cf. *supra*, p. 82. Dans le droit postérieur, l'effet de la mancipation a été rendu

aux immeubles prouve que cet acte eut primitivement le caractère d'une vente réelle, du moins au point de vue de l'appréhension de la chose. En fut-il de même quant au payement du prix?

Au temps de Gaius, il est incontestable que la mancipation n'exigeait plus la remise du prix d'achat. L'acquéreur se contentait de toucher la balance avec une pièce d'airain pour simuler le payement du prix : à cet égard, la mancipation était bien une vente imaginaire. Mais pourquoi faut-il une balance de cuivre, s'il n'y a rien à peser? Pourquoi faire intervenir un porte-balance, s'il n'y a pas de poids à vérifier? N'y a-t-il pas dans cette double condition la preuve évidente que, primitivement, on pesait réellement le cuivre remis par l'acquéreur? Un passage de Gaius, relatif au payement, démontre la réalité de la pesée du métal : on comptait une par une, de la première à la dernière, les livres de cuivre placées sur la balance (1). La présence du porte-balance, requise comme un élément de la solennité, ne se justifie pas seulement par une raison d'utilité pratique : elle atteste que le cuivre remis par l'une des parties à l'autre n'est pas considéré comme une marchandise, mais comme un prix d'achat (2).

La mancipation présentait donc, à l'époque antique, les caractères de la vente réelle : l'acquéreur appréhendait la chose et livrait en payement une certaine quantité de cuivre. Ce qui plus tard n'est qu'une image fut d'abord une réalité. La mancipation était une solennité destinée à placer sous la garantie des curies, non pas une aliénation quelconque, mais uniquement l'aliénation à titre de vente, et même de vente au comptant.

Cette solennité ne convenait ni à la vente à crédit, ni à l'échange, ni à la donation. Cette conséquence a semblé inadmissible à certains auteurs; ils en ont conclu que notre point de départ était faux, et que la mancipation a été de tout temps ce qu'elle est à l'époque classique : une vente imaginaire (3). Cependant, si l'on tient compte de l'état social des premiers habitants de Rome, on peut s'expliquer comment on n'a pas, dès l'origine, senti la

indépendant de la tradition même pour les choses mobilières : on n'a plus exigé l'appréhension de la chose par l'acquéreur.

(1) Gaius, III, 174; I, 122; Liv., VI, 14.

(2) On a dit que le porte-balance était un fonctionnaire public, et l'on a invoqué en ce sens une inscription qui cite deux personnages, T. Vedius et T. Vitorius, nommés décemvirs et *libripendes* par un décret des décurions. *C. I. L.*, X, 1277. Cf. Danz, *Lehrbuch*, II, 10. Cela prouve simplement qu'il y a eu des *libripendes* officiels, mais non que tous les *libripendes* ont rempli une fonction publique. (Voigt, I, 211; Kuntze, II, 172.) S'il en eût été autrement, Gaius n'aurait pas eu besoin de dire que le porte-balance devait être, comme les témoins, citoyen romain et pubère.

(3) Leist, *Mancipation und Eigenthumstradition*, 1865, p. 130; Accarias, I, 565. En sens contraire, Kuntze, II, 170; Voigt, I, 207; Pernice, *Labeo*, I, 32; Bechmann, *Der Kauf*, I, 68.

nécessité de placer sous la protection des curies les actes que nous avons cités.

La vente à crédit n'était pas admise par la plupart des législations antiques de la Grèce (1). Quant à l'échange, s'il a été de tout temps pratiqué, il n'a été que bien tard sanctionné par la loi. Sabiniens et Proculiens discutaient encore, sous l'Empire, sur l'action à exercer. La donation, à une personne étrangère à la *gens*, d'une chose comprise dans les biens patrimoniaux ne se conçoit guère à une époque où l'on attache tant d'importance à la conservation des biens dans les familles. Entre membres d'une même *gens*, on pouvait se passer de la garantie de l'État, alors que la *gens* exerçait sur la conduite de tous ses membres un contrôle analogue à celui qui plus tard fut attribué au censeur. Même sous la République, ces donations se faisaient sans formalités (2). D'ailleurs, les donations n'étaient pas dans les habitudes des Romains (3). Il semble plus difficile de concevoir que la mancipation ne se soit pas appliquée primitivement à la constitution de dot. Mais la difficulté n'existerait réellement que s'il était démontré que la dot consistait anciennement en des choses rentrant dans la catégorie des *res mancipi*. Il est plus probable que le père de famille évitait d'aliéner les terres, les esclaves, les bêtes de trait ou de somme, et constituait la dot en troupeaux ou en argent. Les objets remis à titre de dot devenaient la propriété du mari dans la mesure où l'on pouvait à cette époque acquérir la propriété des biens composant la fortune individuelle.

4° Comment et à quelle époque la mancipation a-t-elle cessé d'être une vente réelle pour devenir une vente imaginaire? Est-ce une conséquence de l'introduction de l'*æs signatum* au temps de Servius? Nous ne le croyons pas. L'*æs signatum*, de même que l'*æs rude*, est toujours du cuivre au poids (*æs grave*); la marque apposée par l'État sur certains lingots de cuivre garantissait la pureté du métal. L'emploi de la balance, le concours du *libripens* sont restés nécessaires pour vérifier le poids de l'*æs signatum*. D'ailleurs, même après Servius, l'*æs rude* continua à être employé (4), surtout pour les poids supérieurs à cinq livres. Il en

(1) Cf. les lois de Charondas, édictées pour les habitants de Thurii (Théophraste, ap. Stob., Floril., 44, 21), et les lois attiques.

(2) Voigt, *J. N.*, III, 215.

(3) Plaut., Truc., prol. 6 :

> Quid si de vostro quidpiam orem? abnuunt.
> En mehercle, in vobis resident mores pristini,
> Ad denegandum ut celeri lingua utamini.

(4) P. Diac., v° *Rodus*, dit que lorsque les censeurs estimaient la fortune des citoyens, *æs infectum rudus appellatur*. Cf. Lenormant, *Dict. des Antiq.*, I, 455. Leist, *Mancipation*, 56; Mommsen, *Hist. de la monnaie*, I, 177, 254.

fut de même lorsque l'État eut entrepris la fabrication de la monnaie (1). C'est là un fait au premier abord bien singulier : dans nos idées modernes, la monnaie présente cet avantage de nous fixer immédiatement sur le poids et, par suite, sur la valeur d'une pièce de métal. N'en était-il pas de même chez les Romains? Non pas à l'époque où ils ne connaissaient que la monnaie de cuivre. Cette monnaie diffère de l'*æs signatum* par sa forme et par son poids : c'est une lentille métallique, bien plus facile à manier que les lingots quadrilatères, et dont le poids descend jusqu'à 1/24 de livre. Mais l'unité du système monétaire, l'as, ne correspond pas exactement à l'unité de poids, c'est-à-dire à la livre. Quoi qu'en dise Varron (2), l'as libral ne pèse pas 12 onces, c'est-à-dire 327 grammes 453, mais 10 onces en moyenne, soit environ 273 grammes. Cette réduction fut opérée pour mettre la monnaie romaine en rapport avec le système monétaire des peuples qui entretenaient avec Rome des relations commerciales, particulièrement les habitants de la Sicile.

On voit dès lors comment l'usage de la balance resta indispensable : la monnaie de compte étant distincte de la monnaie réelle, il fallait peser les pièces de monnaie au lieu de les compter (3). Dans la Rome antique toute remise d'argent aboutit à

(1) La question est très discutée. Beaucoup d'auteurs pensent que l'introduction de la monnaie a rendu complètement inutile l'emploi de la balance. Cette opinion radicale a pour elle l'autorité de MOMMSEN, *Histoire de la monnaie romaine*, trad. de Blacas, I, 209; elle a contre elle les textes qui affirment qu'on pesait l'as libral. PLINE, H. n., XXXIII, 3 : libralis... adpendebatur assis. GAIUS, I, 122 : ideo... æs et libra adhibetur, quia olim æreis tantum nummis utebantur... eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere... Qui dabat... pecuniam, non numerabat eam sed appendebat. Cf. P. DIAC., v[is] *Pendere, Contrarium, Rodus*. Le témoignage de ces auteurs est confirmé par le résultat de fouilles récentes qui ont prouvé que l'usage de l'*æs rude* avait persisté après l'introduction de la monnaie. On ne peut cependant s'empêcher de reconnaître avec Mommsen que la fabrication de la monnaie aurait été sans objet, si elle n'avait dispensé ceux qui l'employaient de recourir à la balance. La vérité nous paraît être dans une opinion intermédiaire : la monnaie a continué à être pesée dans les actes solennels où l'emploi de la balance était obligatoire, ainsi que dans le commerce international. Mais pour les transactions si nombreuses qui se faisaient entre citoyens et sans solennités, on profitait des facilités que procurait l'usage de la monnaie. Cf. D'AILLY, *Recherches sur la monnaie romaine depuis son origine jusqu'à la mort d'Auguste*, 1864, I, 46; VOIGT, I, 202.

(2) VARR., R. r., I, 10, 2; L. l., V, 169, 174, 182.

(3) PLINE, XXXIII, 3; GAIUS, I, 122. Cf. P. DIAC., v° *Pendere, Dispensatores*. Cela nous dispense d'examiner une question très discutée entre les numismates, celle de savoir à quelle époque commença à Rome la fabrication de la monnaie. Il paraît certain qu'au temps des Douze Tables on comptait par livres et non par as : cela résulte d'un passage de Festus qui nous apprend que l'expression *viginti quinque pœnæ* fut interprétée dans le sens de 25 as. On ne saurait en conclure avec VOIGT, I, 200, que la monnaie n'existait pas au temps des décemvirs, puisqu'on a continué jusqu'à la fin du cinquième siècle de compter par livres. Même après l'introduction de la monnaie, l'*æs rude* ne cessa pas d'être employé; on en a trouvé dans les tom-

une pesée; les mots latins qui expriment l'idée d'une remise d'argent sont pour la plupart des dérivés de *pendere* et supposent l'emploi de la balance (1). L'as libral, aussi bien que l'*æs signatum*, était du cuivre au poids et reçut effectivement la dénomination d'*æs grave*. Cet état de choses subsista jusqu'au jour où commença à Rome la frappe de l'argent. Depuis l'an 486, pour tout payement de quelque importance on employa des pièces d'argent appelées *sesterces*, à la place de la monnaie de cuivre. Ces pièces ayant une valeur fixe, on les comptait sans les peser. Dès lors la balance devint inutile : on la conserva cependant, ainsi que le *libripens*, dans les actes *per æs et libram*, pour ne pas modifier une solennité qu'un long usage avait consacrée; on continua également à toucher la balance avec une pièce d'airain, en souvenir de l'époque où l'on pesait réellement le cuivre remis en payement (2).

Est-ce à dire que la mancipation soit restée jusqu'à la fin du cinquième siècle une vente réelle? ou bien avait-elle déjà, dans certains cas, le caractère d'une vente imaginaire? La transformation ne paraît pas s'être opérée brusquement; il y eut une période de transition pendant laquelle la vente réelle a coexisté avec la vente imaginaire. Lorsque la vente à crédit devint une nécessité dans les relations commerciales, l'acheteur, au lieu de livrer comptant le prix convenu, engageait sans doute ses services dans la forme du *nexum*. On admit que cet engagement équivaudrait au payement immédiat et produirait le même effet : tout se passait comme si l'acheteur avait payé le vendeur avec l'argent que celui-ci lui prêtait séance tenante. En fait, la pesée du métal était inutile, puisque le vendeur reprenait, à titre de prix d'achat, l'argent qu'il aurait dû livrer comme prêteur; on se bornait à toucher la balance avec une pièce de cuivre (*quasi pretii loco*). Il est vraisemblable qu'on admit aussi comme équivalant au payement du prix la remise d'une satisfaction à l'aliénateur (3). Cette satisfaction consistait sans doute à fournir une caution (*vadis datio*).

beaux de Préneste et à Viterbe. *C. I. L.*, I, 74; de Rossi, *Bull. del Instit.*, 1881, p. 81.

(1) Cf. Bechmann, I, 156.

(2) Festus, v° *Rodus*, et Varron, L. l., V, 34, 163, ont conservé le souvenir d'une locution qui a trait à cette partie de la solennité : « In mancipando cum dicitur *rudusculo libram ferito*, asse tangitur libra. » « Veteribus in mancipiis scriptum *rudusculo libram ferito*. » Ces paroles étaient sans doute prononcées par le porte-balance. Anciennement il devait inviter l'acquéreur à placer sur la balance la quantité d'*æs rude* nécessaire pour acquitter le prix d'achat. Cf. en sens divers, Ihering, III, 222; Bechmann, I, 91; Voigt, I, 217.

(3) Cf. Bechmann, I, 160

5° On rencontre souvent, dans les actes relatant des mancipations, une clause portant que la mancipation est faite pour un sesterce (*sestertio nummo uno*) (1). Il faut bien se garder de croire que le sesterce a remplacé la pièce de cuivre, lorsqu'on a fait usage de la monnaie d'argent. La pièce de cuivre a toujours continué à faire partie de la solennité de la mancipation, tandis que la clause mentionnant le sesterce en est indépendante (2). Quel était l'objet de cette clause? On a conjecturé qu'elle servait à exonérer l'aliénateur de la garantie contre l'éviction. En réduisant le prix apparent de la mancipation à un sesterce, on rendait insignifiante l'obligation qui lui incombait (3). Cette clause était usitée en matière de donation, de constitution de gage par mancipation fiduciaire (4). Elle devait l'être aussi dans les diverses applications que la mancipation a reçues en cas d'adoption, de *coemtio,* de testament.

II. — La mancipation a été expressément confirmée par les Douze Tables. Mais les décemvirs se sont préoccupés de donner effet bien moins à un acte qui était consacré par l'usage qu'à la déclaration qui l'accompagne. La teneur de la règle mérite d'être remarquée : *Cum nexum faciet mancipiumque*, *uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (5). La loi ne procède pas ici comme pour le legs qu'elle valide directement (*uti legassit... ita jus esto*) : elle considère le *nexum* et le *mancipium* comme des actes dont l'efficacité n'est pas douteuse. Son attention s'est portée sur l'un des éléments de la solennité : la déclaration faite par celui au profit de qui le droit va prendre naissance. C'est cette déclaration verbale (*lingua nuncupare*) qu'elle juge utile de confirmer en disant que, dans tous les cas, elle fera naître le droit. Cette disposition, qu'on a expliquée de bien des manières (6), avait probablement dans la

(1) *C. I. L.*, II, 5042; VI, 10231, 10239, 10241, 10247; *Hermes,* 1888, p. 157; Bruns, 251; Girard, 705.

(2) Voy. Huschke, *Flavii Syntrophi instrumentum donationis,* 1838, p. 40.

(3) Ihering, III, 229; Bechmann, *Der Kauf,* I, 222. Cf. Kuntze, II, 170; Leist, *Mancipation,* 159; F. Girard, *L'action en garantie,* 1883, p. 20.

(4) Cf. Gide, *Rev. de législ.*, I, 74; Degenkolb, Z. f. R. G., IX, 117; Krueger, *Kristische Versuche,* 1870, p. 41.

(5) Cincius, 2 de off. jurisc., ap. Fest., v° *Nuncupata.*

(6) On a cru d'abord que notre règle eut pour but de consacrer toutes les clauses qu'il plaisait aux parties d'insérer dans les déclarations, et l'on a invoqué à l'appui un fragment du commentaire de Gaius sur les Douze Tables qui s'appliquait, dit-on, dans le principe, à la mancipation : « In traditionibus rerum quodcumque pactum sit id valere manifestissimum est. » (3 ad XII Tab., D., II, 14, 48.) Padeletti, *Storia del diritto Romano*, 227 ; Cogliolo, *Saggi*, 97 ; Carle, *Le origini*, 494. Cf. Voigt, II, 148. Cette interprétation est contredite par les textes. Il est certain, comme l'a démontré Accarias (II, n° 647), qu'il y a bien des clauses qu'il n'est pas possible de joindre à une mancipation, par exemple, celles qui subordonnent le transfert de propriété à un terme ou à une condition. (Pap., 28 quæst., D., L, 17, 77. Cf. Ihering, III, 228.)

pensée des décemvirs une portée moins étendue que celle qu'on lui a attribuée par la suite. Elle signifiait peut-être tout simplement que la déclaration d'un plébéien vaudrait celle d'un patricien et ferait naître à son profit un droit garanti par l'État. Rappelons-nous qu'avant les Douze Tables les plébéiens jouissaient, selon toute vraisemblance, de la faculté de prendre part à un *nexum* et à un *mancipium*, mais qu'ils ne pouvaient invoquer le droit des Quirites, ni, par suite, exercer la revendication; ils n'avaient d'autre ressource que de demander comme une faveur l'appui du magistrat. Désormais ils sont, au même titre que les patriciens, autorisés à se faire justice, après avoir fait judiciairement reconnaître l'existence de leur droit.

La mancipation confère à l'acquéreur une double prérogative : 1° la faculté de *vim dicere* à l'égard de quiconque essayerait de méconnaître son droit. Cette faculté peut se manifester soit sous forme d'une *rei vindicatio*, lorsque l'acquéreur réclame sa chose à un tiers qui la possède à titre de propriétaire, soit sous forme d'une *contra vindicatio*, lorsqu'un tiers se disant propriétaire de la chose la revendique contre lui. 2° La faculté, en cas d'éviction, d'exercer contre l'aliénateur une action tendant à lui faire obtenir le double du prix d'achat (1). Cette action, mentionnée par un jurisconsulte du troisième siècle de notre ère, existait-elle dans l'ancien droit? C'est d'autant plus vraisemblable que les conditions sous lesquelles elle est donnée conviennent plutôt au caractère primitif de la mancipation : on exige la tradition et par conséquent l'appréhension de la chose, puis le payement du prix.

Quel est le fondement de cette action ? Suppose-t-elle un engagement spécial résultant d'une déclaration solennelle de l'aliénateur (*nuncupatio, addictio*) (2) ? S'il en était ainsi, le recours pour cause d'éviction ne serait plus la conséquence nécessaire de la mancipation, et la peine du double ne serait encourue qu'au cas où l'aliénateur nierait son obligation (3). Mais il n'y a dans les textes aucune trace d'une pareille restriction (4).

D'autres ont dit que notre règle a eu pour but de trancher un doute qui s'éleva après l'introduction de l'usage de la monnaie, alors que la pesée du métal cessa d'être réelle : on se demandait si l'acte serait valable, bien qu'il n'y eût pas de pesée véritable. Telle est l'explication proposée par Bechmann, *Der Kauf*, I, 198, et reproduite par F. Girard, *La garantie d'éviction*, p. 24. Mais on oublie que longtemps après les Douze Tables, la monnaie de compte fut distincte de la monnaie réelle, et que par suite on dut continuer à peser la monnaie au lieu de la compter.

(1) Paul, II, 17, 3 : Res emta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur auctoritatis venditor duplotenus obligatur.

(2) Huschke, *Ueber das Recht des* Nexum *und das alte röm. Schuldrecht*, 1846, p. 76, 127; Rudorff, Z. f. g. Rw., XI, 56; XIII, 183.

(3) Cic., De off., III, 16.

(4) Voigt, II, 503.

Faut-il dire que la mancipation fait naître de plein droit une obligation à la charge de l'aliénateur (1)? Est-ce un acte à la fois translatif de propriété et générateur d'obligation? Ce double effet de la mancipation n'est guère conforme au caractère des actes juridiques de l'ancien droit : ils ne produisent d'ordinaire qu'un seul effet. On a essayé d'expliquer l'effet obligatoire de deux manières : on a dit que l'obligation résultait d'un engagement tacitement contracté par l'aliénateur, lorsqu'il a donné son adhésion à la déclaration de l'acquéreur et accepté le prix de vente. Mais cet engagement tacite ne saurait produire plus d'effet que l'engagement exprès; pourquoi alors la peine du double serait-elle, dans tous les cas d'éviction, prononcée contre l'aliénateur? D'autres ont fait remarquer que la mancipation n'est qu'une variété du *nexum*. Il est vrai que ces deux actes juridiques nécessitent l'emploi de la balance, mais, dans le *nexum*, ce qui donne naissance à l'obligation, c'est une déclaration faite par le prêteur sous la forme d'une *damnatio;* or, l'adjonction d'une *damnatio* à la formule de la mancipation est d'autant plus difficile à admettre que le droit qui en résulterait, le recours pour cause d'éviction, ne prendra peut-être jamais naissance.

L'action au double, donnée contre l'aliénateur en cas d'éviction, est la sanction, non pas d'un engagement exprès ou tacite qu'il aurait contracté, mais d'un délit qu'il a commis. Son devoir était de prendre le fait et cause de l'acquéreur, de le mettre en état de repousser la revendication dirigée contre lui : s'il ne remplit pas ce devoir, qu'il subisse la peine de sa faute (2). Le mancipant est dégagé de toute responsabilité lorsque l'acquéreur a usé de la chose pendant un an. A la garantie personnelle la loi substitue la garantie réelle qui résulte de l'usucapion.

Toutefois, cette règle souffre exception à l'égard des étrangers (3). La présomption qui résulte de l'usage prolongé de la

(1) Bechmann, *Der Kauf*, I, 109; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1871, I, 36; Pernice, *Labeo*, I, 476.

(2) F. Girard, op. cit., 33. En sens contraire, Voigt, I, 219; II, 501, qui attribue à cette obligation un caractère quasi contractuel.

(3) Cic., De off., I, 12 : « Adversus hostem æterna auctoritas. » Le sens de ce texte est douteux. Cicéron dit que le mot *hostis* désigne ici l'étranger, celui qu'on appelait de son temps pérégrin. S'agit-il d'un étranger qui, ne jouissant pas du *commercium*, possédait une chose appartenant à un Romain? Il n'était pas besoin de dire qu'on pouvait en tout temps la lui réclamer. Il était inutile d'établir une règle de droit dès lors qu'il n'y avait aucune juridiction compétente pour la faire observer. S'agit-il au contraire d'un étranger jouissant du *commercium?* Il semble difficile de lui refuser le bénéfice de l'usucapion, et l'on ne voit pas pourquoi l'on rendrait perpétuel à son égard le recours en cas d'éviction. Les décemvirs ont sans doute visé le cas du pérégrin jouissant du *commercium*, mais qui ne réside pas à Rome. Cf. Mommsen, *Ad leg. de serv. et viat., et de auctoritate*, 1843, p. 18. Voigt, *J. N.*, II, 161.

chose manque de fondement dès l'instant qu'il n'a pas lieu dans la cité où habitent les personnes qui pourraient l'interrompre. L'étranger qui aura mancipé une chose à un citoyen romain, le citoyen romain qui aura mancipé une chose à un étranger, seront indéfiniment tenus à la garantie contre l'éviction. Il s'agit, bien entendu, dans l'un et l'autre cas, d'un étranger jouissant du *commercium*. Si cet étranger a mancipé la chose d'autrui à un Romain, et qu'au bout d'un temps plus ou moins long le propriétaire dépossédé la retrouve aux mains d'un Romain, il pourra la revendiquer sans qu'on puisse lui opposer l'usucapion. Il est juste que, dans ce cas, le Romain conserve son recours contre le mancipant. De même dans le cas inverse, où le Romain a joué le rôle de mancipant (1).

III

DES MODES D'ACQUÉRIR LA FORTUNE INDIVIDUELLE.

Les biens composant la fortune individuelle (*pecunia*, *res nec mancipi*) s'acquièrent, même en droit classique, par des modes spéciaux, distincts de ceux qu'on emploie pour les biens patrimoniaux (2). Ces modes sont l'occupation et la tradition. Il y faut joindre, pour les choses qui rentrent dans la catégorie des fruits, la séparation.

L'occupation, la tradition, la séparation, appartiennent à cette classe de modes d'acquérir que l'on retrouve chez tous les peuples, et qui par suite ont été usités à Rome dès la fondation de la cité (3). La loi des Douze Tables n'a pas eu à réglementer des actes qui ne conféraient pas la propriété quiritaire : elle ne s'en est occupée que pour prévenir des conflits dont le jugement aurait laissé place à l'arbitraire des magistrats.

I. — L'occupation est un mode d'acquérir qui s'applique aux *res nullius*, et qui consiste à appréhender une chose avec la volonté de se l'approprier.

(1) Le mot *adversus* signifie « à l'égard de », « relativement à ». Cf. Gaius, 21 ad Ed. prov., D., XLI, 3, 5. Voigt, II, 208.

(2) Il existe, au moins en théorie, un mode d'acquérir qui s'applique aux *res nec mancipi* aussi bien qu'aux *res mancipi* : l'*in jure cessio*. Mais si, pour les choses considérées comme les plus précieuses, on se dispensait le plus souvent de recourir à un procès fictif devant le magistrat, on devait s'en dispenser à plus forte raison pour les *res nec mancipi*.

(3) Gaius, II, 66; Inst., II, 1, 35, 40.

Les *res nullius* sont des choses qui n'appartiennent à personne, comme l'animal qu'on prend à la chasse ou à la pêche. Cet animal n'appartient à celui qui l'a capturé que tant qu'il reste en sa possession ; s'il parvient à s'échapper sans esprit de retour, il redevient *res nullius* (1) et sera au premier occupant.

Sont également *res nullius* les choses qui sont réputées n'appartenir à personne, comme les choses prises à l'ennemi (2). Toutefois, il ne faut pas confondre le droit de prise, qui peut être exercé par tout citoyen hors du temps de guerre, avec la conquête : la conquête fait acquérir à l'Etat, et non aux soldats. Le butin était vendu au profit du trésor public.

II. — Les fruits des arbres ou de la terre, les petits des animaux, le lait, la laine, appartiennent régulièrement au propriétaire du champ ou de l'animal. L'acquisition se réalise à son profit au moment où ils ont été séparés ou détachés, même sans le fait de l'homme. Les glands, que le vent détache du chêne et projette sur le fonds voisin, sont au propriétaire du champ où l'arbre a poussé ses racines.

Mais les fruits ne sont pas l'objet d'une propriété véritable, et par suite ne peuvent être revendiqués. Si donc la terre ou l'animal est entre les mains d'un tiers qui est en voie de l'usucaper, les fruits perçus avant que le propriétaire exerce l'action en revendication ne pourront être réclamés, que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi. La loi des Douze Tables permet seulement d'agir pour les fruits perçus depuis que le procès est engagé : le défendeur, qui succombe après avoir obtenu la possession intérimaire, encourt une condamnation au double (3). Est-ce à dire que le propriétaire ne trouve dans les principes généraux du droit aucun moyen de se faire tenir compte des fruits perçus avant le début du procès? On trouve dans les textes la trace d'une distinction qui remonte sans doute à l'ancien droit et qui permet de résoudre la question : c'est la distinction des fruits naturels et industriels. Les fruits industriels appartiennent au possesseur, sans distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi, comme compensation de son travail et des soins qu'il a donnés à la chose (*pro cultura et cura*) (4). Quant aux fruits naturels, qu'il n'a aucun motif de conserver, il est tenu de les rendre, sous peine d'être poursuivi comme un voleur.

III. — Tandis que l'occupation fait acquérir une chose qui

(1) Gaius, II, 68.
(2) Gaius, II, 69.
(3) Gaius, IV, 167 ; Festus, v° *Vindiciæ*. Cf. Lenel, *E. P.*, 411 ; Esmein, 192.
(4) Inst., II, 1, 35 ; Pomp., 22 ad Q. Muc., D., XXII, 1, 45.

n'est à personne, la tradition s'applique à des choses qui ont déjà été appropriées. L'une est un mode d'acquérir originaire, l'autre est un mode d'acquérir dérivé. La tradition met en rapport deux personnes : la chose livrée sort des biens de l'aliénateur pour entrer dans ceux de l'acquéreur. De là la possibilité de conflits qui présenteront une importance particulière lorsque la tradition aura été faite et reçue dans une pensée intéressée, en exécution d'une vente.

Si la mancipation fut d'abord une vente réelle placée sous la garantie de l'État, ce n'est pas à dire que chaque vente ait été revêtue de cette solennité. On se dispensait d'y recourir pour bon nombre de choses, soit en raison du peu de valeur de l'objet, soit à cause de la facilité qu'on avait de se le procurer. De là est née une distinction célèbre, qui s'est formée insensiblement et qui plus tard a été fixée par la jurisprudence, entre les *res mancipi* et *nec mancipi* (1).

Que la vente eût lieu par tradition ou par mancipation, elle avait toujours le même caractère. A cette époque, la vente est l'acte par lequel on échange une marchandise contre de l'argent. Dans la vente par mancipation, le payement du prix était un élément de la solennité, l'acquisition de la chose ne se concevait pas en dehors de la remise du prix d'achat. Mais dans la vente par tradition, qui n'exigeait pour sa perfection aucune solennité, l'acquéreur pouvait-il être admis à retenir la chose livrée sans fournir immédiatement la contre-prestation en argent? Les décemvirs estimèrent qu'on ne devait pas laisser la solution de cette question à l'arbitraire des magistrats. Ils posèrent en principe que l'acheteur ne serait autorisé à garder la chose qu'après en avoir payé le

(1) *Res mancipi,* ou *mancipii,* comme le porte le manuscrit de Gaius, d'après la dernière recension de Studemund, signifie littéralement « chose de mancipation ». Gaius, II, 22, dit que les *res mancipi* sont ainsi nommées parce qu'on emploie la mancipation pour les transférer à autrui. Au § 16, il dit que les éléphants et les chameaux ne sont pas *mancipi,* parce qu'on ne connaissait même pas le nom de ces animaux à l'époque où l'on établit la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi.* Le mot *constituere,* employé par Gaius, désigne une règle introduite par la jurisprudence. Cette règle eut pour objet de constater que certaines choses s'aliénaient par mancipation, tandis que, pour d'autres, on se dispensait de recourir à cette solennité. Les expressions *res mancipi, nec mancipi,* sont donc simplement la constatation d'un usage antérieur qui implique l'existence de la mancipation. Cf. Longo, *Res mancipii* e *nec mancipii* (*Archiv. giurid.*, 1886, t. 36, p. 307). Bonfante, *Res mancipi* e *nec mancipi,* 1888, p. 79, et Carle, *Le origini,* 439, donnent au mot *mancipium* le sens de propriété ; les *res mancipi* seraient celles qui, dans le principe, furent seules susceptibles de propriété quiritaire. Voigt, II, 127, reporte au commencement du septième siècle de Rome la distinction de ces deux sortes de choses. On a cherché de bien des manières à expliquer la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi ;* on trouvera l'indication des principaux systèmes dans Ribéreau, *Théorie de l'*in bonis habere, *ou de la propriété prétorienne*, 1867, p. 26 ; Danz, I, 207. Cf. *suprà*, p. 92.

prix ; ils lui laissèrent simplement la faculté de fournir à la place une satisfaction équivalente (1).

Dans les ventes de peu d'importance, il n'est pas probable qu'on exigeât de l'acheteur la remise d'une satisfaction lorsqu'il n'était pas en mesure de payer le prix. On se contentait sans doute de lui permettre d'user de la chose, mais il ne pouvait en disposer sans commettre un vol. Si cette conjecture est exacte, l'acheteur était dans la situation d'un commodataire jusqu'au

(1) Justinien rapporte cette disposition dans un passage célèbre des Institutes, dont l'explication n'est pas sans difficultés (II, 1, 41) : « Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege XII Tabularum ; tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed, si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. » On s'accorde à reconnaître que ce texte n'exprime pas exactement le droit des Douze Tables, et qu'il a été adapté au droit en vigueur sous Justinien. Cela n'est pas douteux pour la fin du texte, qui admet le transfert immédiat de la propriété dans le cas d'une tradition faite en exécution d'une vente à terme : la manière dont s'exprime Justinien prouve qu'il rapporte une règle introduite par la jurisprudence (*dicendum est*). Quant à la première partie du texte, il est vraisemblable que les décemvirs n'ont pas parlé de l'*expromissio*, c'est-à-dire d'un acte qui implique une novation par changement de débiteur et l'emploi de la stipulation : de leur temps, la stipulation n'avait pas de valeur juridique, et l'acte complexe de la novation était encore inconnu. Le *pignus* a pareillement été sanctionné par le préteur et par le droit civil à une époque bien postérieure. Il est probable que la satisfaction visée par les décemvirs était la *vadis datio*, qui, de même que l'*expromissio*, suppose qu'un tiers s'oblige à la place d'autrui ; mais la *vadis datio* avait un effet plus énergique que l'*expromissio :* elle valait argent comptant. — Le point sur lequel la divergence entre les auteurs est plus profonde est celui de savoir si la disposition rapportée par Justinien fut rédigée en vue de la mancipation ou de la tradition. On a soutenu que la règle s'appliqua dans le principe à la mancipation ; Justinien n'avait plus à en parler, puisqu'il l'avait supprimée. Quant à la tradition, il est, dit-on, difficile de croire qu'on ait, au début du quatrième siècle, consacré un mode d'acquérir la propriété dépourvu de toute solennité. Cf. DIRKSEN, *Zwölf-Tafel-Fragmente*, 499 ; LEIST, *Mancipation*, 91-100 ; BECHMANN, *Der Kauf*, I, 346 ; VOIGT, II, 141. A notre avis, la règle mentionnée aux Institutes est spéciale à la tradition ; elle n'a pas de raison d'être pour la mancipation. Certes, les décemvirs, en parlant de la tradition, n'ont pas eu la pensée de consacrer un mode non solennel d'acquérir la propriété ; nous le croyons d'autant plus fermement que, suivant nous, la tradition s'applique à des choses qui n'étaient pas, au temps des Douze Tables, susceptibles de propriété quiritaire. Le but de la loi était de déterminer à quelles conditions l'acquéreur d'une *res nec mancipi* serait autorisé à garder la chose livrée, sans avoir à redouter d'être poursuivi en justice par l'action *ad exhibendum*. Entendue de la mancipation, la règle n'a plus de sens : il n'était pas besoin d'une décision des décemvirs pour dire que la propriété ne serait pas acquise avant le payement du prix, puisque c'est là un des éléments essentiels de la solennité. Aussi a-t-on proposé une autre interprétation : on a dit que la mancipation était, au temps des décemvirs, un acte imaginaire, et que par suite le payement réel n'était plus exigé comme élément de la solennité ; la règle signifierait que le transfert de propriété restera en suspens, malgré la mancipation, tant que le prix n'aura pas été payé. Mais nous avons vu qu'il est très douteux qu'on ait renoncé, dès le temps des Douze Tables, à l'usage de peser le métal dans les actes par l'airain et la balance. Il n'y a donc pas de raison décisive pour affirmer, contrairement au texte des Institutes, que la règle établie par les décemvirs s'appliquait à la mancipation, et non à la tradition.

moment où il livrait au vendeur le prix d'achat. Alors seulement il y avait vente (1).

IV

DES RESTRICTIONS A LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE.

§ 1er. — *Restrictions établies par le fait de l'homme.*

En règle générale, le propriétaire foncier a la jouissance exclusive de sa chose. Il peut cependant arriver qu'un tiers ait le droit d'en retirer quelques avantages, par exemple, d'y puiser de l'eau, lorsque le fonds contient une source. Comment les Romains ont-ils admis la possibilité de restreindre le droit du maître? Ils y ont été déterminés par des raisons d'utilité publique ; ils ont voulu surtout faciliter l'exploitation des fonds ruraux, soit en ménageant aux cultivateurs un passage sur le fonds voisin, soit en leur permettant de prendre dans ce fonds l'eau nécessaire à la culture ou à l'alimentation des hommes et des animaux. Pour la propriété urbaine, une seule restriction a été admise : le propriétaire d'une maison sise à Rome a le droit de faire passer au travers du fonds voisin le conduit qui doit relier sa maison au grand égout collecteur de la ville.

Ces restrictions ont reçu, dans le droit postérieur, le nom de *servitudes*. Elles sont de deux sortes : les unes sont établies au profit d'une personne, ce sont les servitudes personnelles ; les autres au profit d'un fonds, ce sont les servitudes prédiales ou réelles (2). Ces dernières sont les plus anciennes. Les servitudes personnelles, notamment l'usufruit, ne paraissent pas antérieures à la fin du sixième siècle, et n'ont été que beaucoup plus tard rangées parmi les servitudes.

I. — L'ancien droit a renfermé dans d'étroites limites les restrictions à la propriété foncière : on en trouve quatre pour la propriété rurale, et une seule pour la propriété urbaine. Ce sont les droits

(1) Il y a cependant un cas où le pouvoir de disposer de la chose était nécessaire à l'acheteur pour atteindre le but qu'il se proposait : lorsqu'il s'agissait d'un animal destiné à être offert en sacrifice. L'achat avait lieu à crédit et sous une condition résolutoire tacite : la vente était subordonnée à l'acceptation de la victime par les prêtres (*probatio*) ; voilà pourquoi le prix ne pouvait être payé comptant. VOIGT, I, 503 ; MARQUARDT, VI, 172 (206).

(2) On en trouve des exemples chez les Grecs, particulièrement pour la servitude d'aqueduc. *C. I. Gr.*, 1730, 2172, 2338, 3797.

de puisage (*aqua*) (1), d'aqueduc (*rivus*) (2), de passage (*iter, actus*) (3) et d'égout (*cloaca*) (4).

L'antiquité de ces restrictions ressort de ce fait que ce sont les seules que le préteur ait protégées par des interdits spéciaux (5). Les autres servitudes rurales, ainsi que les servitudes personnelles, sont protégées par des interdits utiles, ce qui dénote une extension d'interdits déjà existants. Quant aux servitudes urbaines, elles sont protégées d'une manière générale, et sauf la servitude d'égout, par l'interdit *quod vi aut clam* (6). Cette différence dans la protection des servitudes tient à un changement survenu dans les usages des préteurs. A mesure que le nombre des faits qui méritaient protection s'accroissait, on comprit qu'on ne pouvait créer indéfiniment des moyens nouveaux, et qu'il était plus simple d'étendre l'application des anciens ou d'en créer un d'une portée générale (7).

Plusieurs textes confirment l'induction que nous venons de présenter pour établir l'antiquité de ces servitudes. La servitude d'aqueduc est mentionnée dans un passage de Festus qui paraît bien se rapporter aux Douze Tables (8) : elle était également citée dans les livres pontificaux (9). La servitude d'égout est plus récente que les autres. Cicéron ne la mentionne pas parmi les droits reconnus par l'ancienne jurisprudence ; il ne cite que les servitudes de passage, de puisage et d'aqueduc (10).

(1) Alf., 4 Dig. ep., D., VIII, 3, 30; XVIII, 1, 40, 1.

(2) Servius, ap. Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 21, 3, 1. Il ne faut pas confondre le *rivus* avec les canaux d'irrigation, *fossæ*.

(3) Cat., R. r., 149. Scæv., 2 quæst., D., XXI, 2, 69, 5.

(4) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 23, 1, 4.

(5) Cic. P. Cæc., 13; Trébat. ap. Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 20, 1, 18; Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 22, 1, 2; Vat. Fr., 90; Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 17, 4; Pap., 29 Quæst., D., XXXIX, 5, 27.

(6) Cic., P. Tul., 53; Pomp., 32 ad Q. Muc., D., XXXIX, 3, 21; Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 6, 1.

(7) Voigt, *Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik* (Ber. d. k. Sächs. Ges. d. Wissensch., hist. philol. Classe, 1874), p. 165.

(8) Si l'on admet la correction de Voigt, p. 168. Au lieu de *Sed hi rivi*, il lit : *Sed* (in) *XII rivi*.

(9) Virg., Georg., I, 269 : *rivos deducere nulla relligio vetuit*.

(10) Cic., P. Cæc., 26. Voici le fait qui donna lieu à l'établissement de cette restriction à la propriété urbaine : après l'incendie de Rome par les Gaulois, en 365, lorsque le sénat eut renoncé à l'idée d'aller s'établir à Veies, on se mit à rebâtir la ville ; on le fit avec tant de précipitation qu'on n'observa aucun alignement. C'est pour cela que les égouts, qui avaient été autrefois construits sous la voie publique, se trouvaient, en certains endroits, recouverts de maisons appartenant à des particuliers. (Liv., V, 55.) De là, pour les maisons voisines, un obstacle à l'écoulement des eaux. Pour le faire disparaître, il fallait obtenir le droit de faire passer un conduit dans la maison bâtie au-dessus de l'égout collecteur.

Ces diverses restrictions à la propriété foncière devaient être, dans le principe, peu nombreuses. Tant que le régime de la communauté agraire fut en vigueur, les servitudes n'avaient guère de raison d'être. Sur un *ager gentilicius* d'une superficie assez vaste pour suffire aux besoins d'un nombre plus ou moins grand de familles qui se livraient surtout à l'élève du bétail, les sources et les moyens de communication ne devaient pas faire défaut. Mais après l'appropriation des terres gentilices, le morcellement des propriétés rendit, dans certains cas, nécessaire la constitution de servitudes, ou, pour mieux dire, la transformation en servitudes de certains états de fait consacrés par l'usage. Il est vraisemblable qu'on se borna à maintenir aux propriétaires des parcelles de l'*ager gentilicius* la faculté de se servir de l'eau ou des passages qui se trouvaient sur les fonds voisins, comme ils le faisaient précédemment, avant d'avoir acquis la propriété exclusive de leur champ. En dehors de ces cas, les servitudes n'ont pas dû recevoir, pendant un certain temps, un grand développement. Les droits de puisage ou d'aqueduc ne pouvaient être établis que sur une source (1). Sur les *agri limitati*, les servitudes de passage en cas d'enclave devaient être rares, par suite de la multiplicité des *viæ vicinales* et des *confinia*.

II. — Quelle était la nature juridique de ces restrictions? Elles n'avaient pas, dans l'origine, une physionomie particulière qui permît de les distinguer du droit que l'on a sur sa propre chose. De même que le droit de propriété, le droit qu'on a, dans la suite, appelé droit de servitude était, à cette époque, identifié avec son objet. Au lieu de dire : J'ai le droit de puiser de l'eau (*jus aquæ ducendæ*), on disait : L'eau est à moi. C'est bien plus tard que les jurisconsultes ont parlé des *jura prædiorum*.

Les servitudes étant, dans l'ancien droit, des choses corporelles (2), étaient susceptibles de mancipation et d'usucapion. Elles pouvaient être données en gage (3), ce que l'on n'a jamais admis pour les servitudes urbaines, qui se sont répandues dans l'usage à une époque où la servitude était devenue une chose incorporelle (4). Quant à l'usufruit, on a bien admis qu'il pouvait être hypothéqué, mais non donné en gage (5). La constitution d'une servitude prédiale était considérée comme une dation, non comme un fait (6). Cette dation avait pour objet une chose cer-

(1) Cic., Top., 8; P. Cæl., 8; Paul, 1 Sent., D., VIII, 3, 9.
(2) Paul, 70 ad Ed., D., XLIV, 1, 17.
(3) Pomp. ap. Paul, 68 ad Ed., D., XX, 1, 12.
(4) Marc., ad form. hyp., D., XX, 1, 11, 3.
(5) Gaius, de form. hyp., D., eod., 15 pr.
(6) Paul, 6 ad Sab., D., VIII, 3, 19.

taine, et, lorsqu'elle formait l'objet d'une stipulation, l'action tendait à *dare oportere*. Pour les autres servitudes, l'action tendait à *dare facere oportere*. De même que le droit de propriété, le droit de servitude était exclusif et opposable à tout le monde, même au propriétaire du champ sur lequel il s'exerçait. Établi pour l'utilité d'un fonds, il profite à tous ceux qui, dans le présent et dans l'avenir, en ont ou en auront la propriété ; c'est un avantage attaché à la qualité de propriétaire du fonds. Cependant, il n'était pas identique avec le droit de propriété. Le titulaire de la servitude ne retirait de la chose sur laquelle portait son droit qu'une partie des avantages qu'elle confère au propriétaire : il pouvait en user dans la mesure nécessaire aux besoins de son propre fonds, il ne pouvait pas en disposer. Cette différence se manifestait dans la terminologie, non pas par une allusion au droit du titulaire de la servitude, mais par l'indication de la chose dont il avait le droit de se servir. Tandis que le propriétaire disait : Ce fonds est à moi d'après le droit des Quirites, celui qui avait un droit d'aqueduc disait : Cet aqueduc est à moi d'après le droit des Quirites.

III. — La servitude, étant confondue avec l'objet matériel sur lequel porte le droit du titulaire, s'acquiert de même que la propriété par usucapion ou par mancipation.

Cicéron (1) mentionne l'usucapion des servitudes, qui était encore admise de son temps. Il en attribue l'introduction au *jus civile*, c'est-à-dire aux interprètes qui avaient étendu la disposition des Douze Tables sur l'usucapion des fonds de terre. Cette usucapion se comprend fort bien à l'époque où la servitude était considérée comme une chose corporelle susceptible de possession (2). Lorsque la servitude fut construite comme un droit sur la chose d'autrui, et que par suite elle fut rangée parmi les choses incorporelles, l'usucapion des servitudes manqua de base. Elle fut supprimée par une loi Scribonia, dont on ignore la date, mais qui est postérieure à Cicéron (3).

Les servitudes prédiales s'établissaient également par mancipation. Ce mode d'acquérir s'explique, tout aussi bien que l'usucapion, à l'époque où la servitude était un *corpus*. L'appréhension de la chose pouvait être réalisée, non pas sans doute selon la rigueur du droit primitif, mais au moins avec le tempérament

(1) Cic., P. Cæc., 26.

(2) L'édit du préteur caractérise la situation de l'ayant droit à l'interdit destiné protéger la servitude de puisage, d'aqueduc ou de passage, par l'expression *ab illo uti* : Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 22, 1 pr., 6.

(3) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 29.

que l'usage fit admettre : on saisissait une partie de l'objet qui était censée représenter la totalité. Lorsque la servitude devint un droit sur la chose d'autrui, la mancipation aurait dû disparaître comme l'usucapion : il n'en fut rien ; la mancipation avait reçu une telle extension que l'on crut pouvoir la conserver dans un cas où elle avait été depuis longtemps admise (1).

IV. — Comment s'éteignent les servitudes? Parmi les modes d'extinction admis par le droit postérieur, il n'y a guère que le non-usage que l'on puisse faire remonter avec certitude à cette époque. Lorsque les interprètes des Douze Tables décidèrent qu'un usage de deux ans suffirait pour constituer une servitude, ils durent corrélativement admettre que celui qui, pendant deux ans, s'abstiendrait d'user de son droit serait présumé y avoir renoncé. Ce mode d'extinction remonte à l'époque où la servitude était confondue avec la partie du fonds sur laquelle elle s'exerçait : le non-usage est soumis, en effet, au délai de l'usucapion des fonds de terre. La servitude n'était donc pas comprise parmi les *ceteræ res* (2). Le non-usage entraînait, d'ailleurs, l'extinction de la servitude, même si l'inaction du titulaire était forcée. La règle est absolue (3), ce qui est tout à fait conforme à l'esprit de l'ancien droit, qui écarte soigneusement de l'examen du juge les questions d'intention.

Pour les autres modes d'extinction, tels que la renonciation sous forme d'*in jure cessio*, l'adjudication prononcée par le juge de l'action en partage d'une hérédité, la confusion en cas de réunion sur la même tête des qualités de propriétaire du fonds dominant et du fonds servant, on peut conjecturer qu'ils étaient pareillement admis à cette époque. Enfin, il est probable que les servitudes rurales, qui s'établissaient par mancipation, devaient s'éteindre par une remancipation (4).

V. — A l'époque classique, les servitudes sont sanctionnées par les actions confessoire et négatoire ; en était-il de même dans l'ancien droit? Un fragment d'Ulpien (5) ne permet pas de le penser : il nous apprend que ces actions ont été appliquées aux servitudes prédiales, à l'exemple de ce qui avait lieu pour l'usufruit. Les actions confessoire et négatoire furent donc créées primitivement en vue de l'usufruit, puis étendues aux servitudes prédiales.

(1) Gaius, II, 29, cite encore un autre mode de constitution des servitudes, l'*in jure cessio*. Etait-elle usitée dans l'ancien droit ? On peut le supposer, mais aucun texte ne permet de l'affirmer.

(2) Voigt, II, 354, n. 22.

(3) Javol., 10 ex Cassio, D., VIII, 6, 14 pr.

(4) Kuntze, I, 369 ; Accarias, I, 686.

(5) Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 2 pr.

Quelle action sanctionnait les servitudes avant que cette extension eût été admise (1)? Ce n'était pas une action analogue à celle qui protégea plus tard le droit d'usufruit, sans quoi l'on n'aurait pas eu la peine de créer pour ce droit une action nouvelle. Ce devait être une action d'une nature différente, ayant pour objet non pas le droit lui-même, mais la chose qui, à cette époque, était confondue avec le droit. Il y a un vestige de cet état du droit dans la rubrique d'un titre du Digeste : l'action qui sanctionne les servitudes prédiales est appelée *vindicatio*, tandis que celle qui protège l'usufruit est appelée *petitio* (2). En droit classique, cette distinction n'a plus de raison d'être, puisque, dans ces deux cas, il s'agit d'un droit qui a pour objet une chose incorporelle : si l'on a conservé le mot *vindicare* pour les servitudes prédiales, c'est que, dans l'ancien droit, c'était la dénomination technique de l'action qui protégeait ces servitudes. Il y avait une *vindicatio aquæ, rivi, itineris, actus,* de même qu'il y avait une *rei vindicatio*. L'existence de cette action se concilie très bien avec le caractère primitif des servitudes. Dans la revendication, chacune des parties doit saisir l'objet du droit, ou tout au moins une partie de cet objet qui est censée représenter la totalité. La revendication n'est possible que pour une chose corporelle : tel devait être le caractère primitif des servitudes.

La *vindicatio rivi,* etc., pouvait être exercée par le propriétaire du fonds servant aussi bien que par le propriétaire du fonds dominant; elle tenait lieu alors de l'action négatoire (3).

Ce qui confirme cette conjecture, c'est que les prudents appliquèrent à l'action qui sanctionnait les servitudes prédiales la règle des Douze Tables, qui condamne au double de la valeur de la chose et des fruits celui qui *vindiciam falsam tulit*. Gaius et Ulpien (4) parlent des fruits d'une servitude. Cette conception remonte à l'époque où la servitude se confondait avec son objet matériel; alors seulement on pouvait parler des fruits de la chose. C'est encore là un vestige de l'ancien droit.

§ 2. — *Restrictions établies par la loi.*

Les restrictions à la propriété foncière imposées par la loi sont ce que nous appelons aujourd'hui des servitudes légales.

(1) Voigt, op. cit., 172.
(2) D., VIII, 5, et VII, 6.
(3) Q. Muc. et Sab., ap. Venul., 16 Stipul., D., XXI, 2, 75.
(4) Gaius, 6 ad XII tab., D., XXII, 1, 19, 1; Lab. et Pomp., ap. Ulp., 17 ad Ed. D., VIII, 5, 4, 2.

Elles ont pour but de faciliter l'exploitation des fonds, et aussi de prévenir les contestations qu'un contact immédiat aurait pu faire naître entre voisins.

I. — Les Douze Tables prescrivent au propriétaire d'un *ager limitatus* de laisser en friche (1) autour de son champ ou de sa maison une bande de terre de deux pieds et demi. Cette bande de terre, jointe à celle qui se trouve devant le fonds voisin, forme un espace libre de cinq pieds, appelé *confinium* lorsqu'il sépare des fonds de terre, *ambitus* lorsqu'il sépare des maisons (2). Le *confinium* correspond à notre servitude d'allée et de tour de charrue (3). Il sert de passage aux propriétaires voisins (*confines*), qui en ont la jouissance en commun; mais chacun d'eux conserve la propriété de la bande de terre qui est au devant de son champ. Cette propriété n'est pas susceptible d'usucapion (4).

Les champs contigus à un chemin vicinal sont grevés d'une servitude plus onéreuse. La largeur de la bande de terre qui doit rester en friche est portée à quatre pieds en ligne droite et à huit pieds aux tournants, ce qui donne au chemin vicinal une largeur de huit ou de seize pieds (5). De plus, chaque propriétaire est tenu, pour sa part, d'entretenir la voie en bon état en y portant des pierres (6). En cas de négligence de l'un d'eux, les passants ont le droit de se frayer un chemin sur son champ, pour eux et leurs chariots.

L'espace laissé libre autour des maisons (*ambitus*) offre une utilité de plus que le *confinium* : il assure à la maison le jour qui lui est nécessaire. La maison est isolée de toutes parts comme une île. D'un côté, elle touche à la rue; du côté opposé, à la cour et au jardin; à droite et à gauche, l'*ambitus* la sépare des maisons voisines (7).

II. — D'après une disposition des Douze Tables, calquée à peu

(1) Voigt, *Uber das röm. System der Wege im alten Italien* (Ber. der Sächs. Ges. der Wis., hist. phil. Cl.), 1872, p. 38. Voy. cep. Rudorff, *Grom. Instit.*, 435.

(2) Paul, 23 ad Ed., D., X, 1, 4, 10; Varr., L. l., V, 4, 22; P. Diac., v° *Ambitus*.

(3) Hygin., p. 126.

(4) Cic., De leg., I, 21. Voy. supra, p. 251.

(5) Varr., L. l., VII, 2, 15; Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VIII, 3, 8; Festus, v° *Viæ privatæ*. L'espace de 8 ou 16 pieds qui sépare les champs porte ici le nom de *limes*. Les propriétaires ne sont plus appelés *confines*, mais *amsegetes*. P. Diac., h. v°. Voy. cep. Voigt, *Ueber die agrimensorischen* genera controversiarum *und die* actio finium regundorum. (Ber. der Sächs. Ges. der Wis., 1873, p. 71.)

(6) Festus, v° *Viæ*. Cf. Cic., P. Cæc., 19; Voigt, I, 89. Voy. cep. Mommsen dans Bruns, 26.

(7) Festus, v° *Insulæ*. Lorsque la population devint plus dense et qu'on fut obligé d'agrandir les maisons, *insula* désigna un corps de bâtiment, un ensemble de constructions contiguës, un îlot de maisons. On y recevait des locataires. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 5.

près, dit Gaius, sur une loi de Solon (1), il était défendu d'élever un mur à moins d'un pied du *confinium*, une maison à moins de deux pieds; de creuser une fosse à moins d'une distance égale à sa profondeur, un puits à moins d'une brasse; de planter des oliviers ou des figuiers à moins de neuf pieds, tous autres arbres à moins de cinq pieds. Mais on peut planter une haie sur la limite des deux fonds, à la condition de ne pas dépasser la borne.

Il est vraisemblable que ces restrictions au droit de propriété n'avaient pas un caractère aussi absolu que les précédentes; elles ne touchaient qu'à des intérêts privés et, par suite, pouvaient être atténuées par la volonté des parties intéressées.

III. — Les Douze Tables autorisent le propriétaire d'un chêne à pénétrer sur le fonds voisin pour y ramasser les glands qui y ont été projetés (2). Ce droit avait aux premiers siècles une grande importance. Lorsque le blé n'était pas cultivé, ou que la culture en était peu répandue, les glands formaient la principale nourriture des Romains (3). Plus tard, on étendit cette disposition des Douze Tables à toute espèce d'arbres fruitiers (4).

Les diverses restrictions que nous venons de mentionner diffèrent essentiellement de celles que nous avons précédemment indiquées : elles n'ont pas reçu le caractère de droits réels. A aucune époque, l'ayant droit n'a pu exercer soit la revendication, soit l'action confessoire. Celui qui s'oppose à l'exercice du droit commet un quasi-délit dont la répression est assurée par une action personnelle; c'est du moins ce qui est attesté pour le *confinium*. L'action portait ici le nom d'action *finium regundorum*. Y avait-il une action analogue dans les autres cas? Cela est vraisemblable, mais le souvenir n'en a pas été conservé.

L'action *finium regundorum* avait pour but d'empêcher l'un des propriétaires voisins d'empiéter sur le *confinium*. En cas de contestation, l'arbitre avait d'abord à rectifier les limites des deux

(1) Gaius, 4 ad XII Tab., D., X, 1, 13.

(2) Plin., H. n., XVI, 5, 15. Cette règle suppose que les Romains avaient l'habitude de planter des chênes à proximité des fonds voisins, probablement pour tenir lieu de bornes. Cet usage ressort également d'une autre disposition qui permet au propriétaire voisin de faire couper jusqu'à la hauteur de 15 pieds les branches qui s'étendent au-dessus de son champ. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 27, 1, 8. Cf. C. civ., 673.

(3) Il y avait une espèce de chêne (*æsculus*) dont les fruits étaient particulièrement appréciés. Il en était de même chez les Grecs. Serv., in Georg., II, 291; Gell., V, 6. Cf. Hom., Od., XX, 242.

(4) Gaius, 4 ad XII Tab., D., L. 16, 236, 1. Le droit de pénétrer dans le fonds d'autrui était sans doute renfermé dans certaines limites, de manière à ne pas causer aux voisins une gène trop grande. Lorsque le préteur proposa un interdit *de glande legenda*, il ne permit d'entrer chez le voisin que *tertio quoque die*; il est probable que cette règle fut empruntée au droit antérieur. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 28, 1.

champs, puis il ordonnait de rétablir les choses en l'état antérieur et condamnait, s'il y avait lieu, le délinquant à payer une indemnité pour le préjudice causé. Il n'y avait pas, à cette époque, d'adjudication (1).

IV. — Celui à qui l'on a pris une pièce de bois ou un échalas ne peut l'enlever dans le cas où cet objet a été incorporé à une construction ou à une vigne. L'intérêt particulier cède ici devant l'intérêt général : on n'a pas voulu forcer le constructeur à démolir sa maison pour rendre la pièce de bois ; le vigneron à enlever l'échalas nécessaire au soutien du cep de vigne (2).

Mais si le propriétaire de la pièce de bois ou de l'échalas ne peut la retirer, du moins peut-il exiger du constructeur et du vigneron qui en fait usage le double de la valeur de l'objet. C'est une atténuation de la peine infligée d'ordinaire au cas de *furtum conceptum*.

CHAPITRE VIII

L'hérédité.

I

NOTION DE L'HÉRÉDITÉ.

En droit moderne, l'hérédité est une universalité juridique comprenant l'ensemble des biens d'une personne décédée : c'est

(1) L'action *finium regundorum* ne s'appliquait dans le principe qu'à l'*ager limitatus* et pour les limites du *confinium* et du *limes*. Plus tard, elle fut étendue à l'*ager arcifinius*. Cf. VOIGT, *Ueber die* actio finium regundorum, p. 36.

(2) VOIGT, II, 642. Les textes relatifs à cette matière ont fourni à MUIRHEAD, *Introd. histor.*, 159, une objection contre l'opinion que nous avons présentée d'après Ihering, et suivant laquelle les *res nec mancipi* n'étaient pas, dans le principe, susceptibles de propriété quiritaire et, par suite, de revendication. ULPIEN, 37 ad Ed., D., XLVII, 3, 1 pr., dit en effet : « Lex XII Tabularum neque solvere permittit tignum furtivum ædibus vel vineis junctum, neque vindicare. » Il est facile, croyons-nous, d'écarter cette objection. La disposition des Douze Tables a été conservée par FESTUS, v° *Tignum ;* elle ne fait aucune allusion à la revendication : « Est in XII : *tignum junctum ædibus vineave (sei?) concap(s)it, ne solvito.* » Si, au temps d'Ulpien, la revendication est interdite, c'est une conséquence déduite par les interprètes de la défense de *solvere tignum*. Lorsque la revendication est devenue possible pour les *res nec mancipi*, elle a été écartée pour le *tignum junctum,* à cause de la défense de *solvere* contenue dans les Douze Tables. C'est ce que dit PAUL dans un passage plus précis que celui d'Ulpien : « Tignum alienum ædibus junctum nec vindicari potest propter legem XII Tab. » (21 ad Ed., D., VI, 1, 23, 6.) Cf. 14 ad Sab., D., X, 4, 6, où Paul ne parle même pas de la revendication, et 15 Quæst., D., XLVI, 3, 98, 8.

le patrimoine d'un mort. Quelle que soit la nature corporelle ou incorporelle des biens dont elle se compose, l'hérédité forme un seul tout dont les éléments s'apprécient uniquement d'après leur valeur pécuniaire. Elle se résume elle-même en une valeur pécuniaire qu'on détermine en déduisant le passif de l'actif. Dans l'ancien droit romain, l'hérédité présente une physionomie toute différente : elle a un caractère plutôt moral que pécuniaire. L'héritier est bien moins un successeur aux biens qu'un continuateur du culte et de la maison d'un chef de famille décédé (1).

Cette notion de l'hérédité ressort du rapprochement de plusieurs textes.

D'abord l'héritier n'est pas nécessairement un successeur aux biens : il se peut, dit Gaius, que l'héritier ne recueille aucune portion du patrimoine, lorsque le défunt a fait un grand nombre de legs ou d'affranchissements (2). Dans ce cas, il ne lui reste qu'un titre dépourvu de tous ses avantages (*inane nomen*). L'héritier est avant tout le continuateur du culte du défunt. Lorsqu'un héritier institué tardait à faire adition, les anciens, dit Gaius, permettaient au premier venu de s'emparer des biens héréditaires et de les usucaper, pourvu qu'il se portât héritier. Cette faculté d'usucaper prouve bien jusqu'où allait le désir des Romains d'avoir un héritier. Parmi les raisons qui l'ont fait introduire, Gaius cite en première ligne la volonté de trouver une personne qui se chargeât du culte du défunt (3).

L'héritier est aussi le continuateur de la maison du défunt. Paul le dit de l'héritier sien (4), et cela est vrai de tout autre héritier. Le mot *heres* est synonyme de *dominus*. L'héritier, c'est le maître de la maison (5). En disant que l'héritier est maître de la maison, comme l'était le défunt, les Romains n'entendent pas exprimer cette idée que l'héritier a la propriété de l'habitation. Le mot a ici, à notre avis, une acception bien plus large : il signifie que l'héritier est mis au lieu et place du défunt considéré

(1) Cf. Lassalle, *Das System der erworbenen Rechte. Eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie*, 2e éd., 1880, II, 10.

(2) Gaius, II, 224.

(3) Gaius, II, 55 : Voluerunt veteres maturius h(eredita)tes adi(r)i, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit.

(4) Paul, Sent., IV, 8, 6 : In suis heredibus... a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur.

(5) Festus : *Heres* apud antiquos pro domino ponebatur. Voigt, II, 86, 364, dit que ce texte est incorrect, et qu'il faut lire *herus* et non *heres*. Ces deux mots, étymologiquement différents, ne sauraient, dit-il, être pris l'un pour l'autre. Cette critique ne nous paraît pas fondée : de ce que *heres* n'a pas la même étymologie que *herus*, il ne s'ensuit pas qu'il ait une signification différente. Les auteurs anciens donnent souvent des étymologies fantaisistes ; ils se trompent rarement sur l'acception des mots qu'ils expliquent. Inst., II, 19, 7 : « Veteres... heredes pro dominis appellabant. »

comme maître de maison. Par conséquent, tous les droits qui appartenaient à celui-ci sur les personnes et sur les choses, l'héritier peut les exercer; mais il supporte corrélativement toutes les dettes qui affectent le *dominium,* c'est-à-dire celles qui donnent un droit sur tout ce qui est sous la maîtrise du débiteur. En autorisant l'usucapion *pro herede,* les anciens ont voulu, dit Gaius, qu'il y eût une personne chargée de satisfaire les créanciers (1). Gaius parle ici des créanciers en général, parce que, de son temps, on ne faisait plus de distinction entre les dettes impliquant une *damnatio* ou donnant lieu directement à la *manus injectio* et celles qui résultaient d'un acte fiduciaire confirmé ou non. Nous verrons plus tard qu'il n'en était pas de même dans l'ancien droit.

La notion de l'hérédité ainsi définie se rattache à une préoccupation bien connue des Romains, celle d'assurer la perpétuité des cultes et des familles. Si éloignée que soit cette notion de celle du droit classique et du droit moderne, elle n'en contient pas moins un élément fondamental qui subsiste encore de nos jours : l'idée de la continuation du défunt par l'héritier. Le défunt se survit à lui-même dans la personne de son héritier.

II

LE DROIT DE TESTER.

Dans les sociétés primitives le testament est inconnu : il en était ainsi chez les Germains au temps de Tacite, chez les Grecs à l'époque de Lycurgue (2). A Rome, au contraire, la notion du testament remonte à l'origine de la cité (3).

Quelle était, aux premiers siècles de Rome, la notion du testament? La question n'est pas sans difficultés. Ces difficultés tiennent à la multiplicité des formes de tester et à la diversité des règles qui leur sont applicables. Gaius dit qu'il y eut d'abord deux modes de tester : le testament comitial et le testament *in procinctu,* et qu'un troisième mode de tester vint s'y ajouter dans la suite : le testament par mancipation. Le trait commun à ces trois modes de tester, c'est qu'ils supposent tous une déclaration de volonté devant témoins. Mais, d'après la tradition, le testament implique

(1) GAIUS, II, 55 : ... ut creditores haberent a quo suum consequerentur.

(2) S. MAINE, *L'ancien droit*, 187; TAC., Germ., 20. Cf. FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, p. 233. Cl. JANNET, op. cit., 83; GREIFF, *De l'origine du testament romain*, 1888.

(3) D'après la légende, Acca Laurentia fit testament en faveur de Romulus, suivant les uns; du peuple romain, suivant les autres. GELL., VI, 7.

quelque chose de plus : les Romains ne donnent pas le nom de testament à une déclaration quelconque de dernière volonté; ils distinguent le legs du testament. Le testament contient avant tout une institution d'héritier. C'est ici que les difficultés apparaissent.

Cette condition d'une institution d'héritier ne ressort pas de la dénomination donnée à l'acte qui la renferme. Le jurisconsulte Servius Sulpicius, dans son second livre *De sacris detestandis,* dit que « testament » est un mot double composé de *mentis contestatio* (1). Le sens de cette expression n'est pas douteux; elle désigne un acte par lequel on prend des personnes à témoin de sa pensée, de même que la *litis contestatio* est l'acte par lequel on prend des personnes à témoin d'un procès. La présence de témoins est essentielle au testament et justifie sa dénomination. Il y a là une remarque d'autant plus importante, que les Romains ont l'habitude de désigner les actes juridiques par le trait qui, dans l'origine, leur a paru le plus caractéristique. La condition d'une institution d'héritier fait également défaut dans le testament par mancipation : c'est un acte par lequel on dispose simplement des biens patrimoniaux (*familia*).

Cette difficulté n'est pas la seule. La déclaration de volonté, suffisante dans le testament *in procinctu* et dans le testament par mancipation, est, dans le testament comitial, subordonnée à la présence, peut-être même au concours des pontifes et du peuple assemblé dans ses comices.

Comment ramener à une notion unique des formes aussi dissemblables? Essayons de reconstituer la suite des idées par lesquelles les Romains ont passé (2). On peut conjecturer que le testament fut, dans le principe, peu usité, sinon en temps de guerre. C'est surtout dans ce cas qu'un chef de famille était

(1) GELL., VI, 12, fait remarquer qu'au point de vue étymologique il est impossible d'admettre que testament vienne de *testatio mentis,* pas plus que *vestimentum* ne vient de *vestis* et de *mens.* Mais il reconnaît qu'il n'est pas inexact de dire que le mot testament implique une déclaration de volonté. Cette définition est reproduite au troisième siècle de notre ère par Ulpien (XX, 1), au sixième par Justinien (II, 10 pr.) et par Théophile.

(2) L'unité de conception du testament dans l'ancienne Rome s'impose. La question est de savoir s'il faut chercher dans le testament comitial ou dans le testament militaire la conception normale du testament romain. Beaucoup d'auteurs se prononcent pour le testament comitial, et s'efforcent de montrer qu'entre ce testament et le testament militaire il n'y avait pas de différence essentielle. RUBINO, *Untersuchungen,* 252, et HÖLDER, op. cit., 45, supposent d'abord que le testament militaire impliquait la coopération des pontifes, bien que les textes n'en disent rien, et qu'on ne voie guère comment les pontifes pouvaient intervenir et assister chacun des testateurs, au moment où l'armée allait livrer bataille. Puis HÖLDER pense que l'on testait devant l'armée entière; mais MOMMSEN, dont il invoquait l'autorité, s'est rétracté dans son *Röm. Staatsrecht,* III, 307 (350).

exposé à mourir sans avoir d'héritiers siens. Lorsqu'il se rencontra des citoyens qui voulurent, en temps de paix, se donner un héritier par testament, on eut à déterminer la forme de cet acte. Elle fut combinée de manière à sauvegarder le double intérêt qui était en jeu : celui du culte, et celui de l'État qui avait concédé l'*heredium* au chef de la famille du testateur et à sa postérité. On ne crut pas devoir étendre au testament fait en temps de guerre une forme qui avait pour résultat de restreindre la liberté du testateur. Ce n'est pas une faveur qu'on accorda aux militaires : c'est une règle nouvelle qu'on n'osa pas leur appliquer. Le testament fut toujours, dans l'esprit des Romains, une déclaration de volonté devant témoins; mais cette déclaration n'était usitée que pour instituer un héritier. Dans le testament par mancipation, cet usage ne fut pas observé : mais cette forme de tester n'est qu'un expédient imaginé par les légistes pour atténuer, dans la mesure du possible, les inconvénients du testament comitial.

La liberté de tester existait-elle dès cette époque, ou, tout au moins, au début du quatrième siècle? La loi des Douze Tables reconnaît à tout chef de famille le droit de disposer à son gré, sous forme de legs, de sa *pecunia* et de la tutelle de son patrimoine (1). Un jurisconsulte du second siècle nous apprend que cette règle fut considérée comme attribuant au testateur le pouvoir le plus large d'instituer des héritiers, de faire des legs ou des affranchissements, de nommer des tuteurs (2). En était-il ainsi au temps des décemvirs? C'est un point sur lequel on est très divisé.

Deux systèmes sont en présence : l'un admet l'omnipotence du chef de famille quant à la disposition de ses biens par testament. L'autre distingue deux sortes de biens : les biens patrimoniaux et la fortune individuelle (*familia, pecunia*) (3). Les premiers sont plus particulièrement affectés aux besoins de la famille et doivent être laissés aux enfants du *de cujus*, à ceux qu'on appelle les héritiers siens; on ne peut ni les leur enlever, ni en disposer au profit de tiers sans l'approbation des pontifes et du peuple. Il n'en est pas de même pour les biens composant la fortune individuelle : le *de cujus* peut en disposer librement sous forme de legs, sans être obligé de faire un testament.

Entre ces deux systèmes, le désaccord porte sur le fond et sur la

(1) Ulp., XI, 14 : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*
(2) Pomp., 5, ad Q. Muc., D., L, 16, 120.
(3) Une distinction analogue existait chez les Germains. Voy. S. Maine, op. cit., 188; Fustel de Coulanges, op. cit., 237.

forme : la liberté de disposer à cause de mort, absolue d'après le premier système, est partielle d'après le second; la nécessité de recourir à un testament, admise par le premier pour tout acte de disposition, n'existe, d'après le second, que pour les biens patrimoniaux.

Les partisans de la liberté de tester invoquent le témoignage de Pomponius, qu'ils considèrent comme l'expression du droit établi par les Douze Tables. Ils font valoir ensuite l'énergie de la puissance paternelle : le chef de famille, qui a le droit de vie et de mort sur ses enfants, peut, à plus forte raison, les exhéréder. Ceux qui restreignent aux biens compris sous la dénomination de *pecunia* la liberté de disposer à cause de mort, se fondent, d'une part, sur le texte même de la loi des Douze Tables, et, d'autre part, sur le caractère de la propriété aux premiers siècles de Rome.

L'opinion la plus générale est que les décemvirs ont consacré la liberté de tester. Cette opinion se rattache aux idées qui avaient cours au siècle dernier sur le droit de la nature. On soutenait comme un axiome que le droit de tester était un droit naturel, et qu'il n'avait été dénié, à certaines époques, que par une disposition arbitraire de la loi. Il est vrai que le texte des Douze Tables, invoqué à l'appui, est interprété par les jurisconsultes du deuxième siècle dans le sens de la liberté de tester; mais comme, à cette époque, cette liberté existait depuis longtemps, rien ne prouve qu'ils n'ont pas étendu la portée primitive de la loi, comme ils l'ont fait en bien d'autres cas où ils attribuent aux Douze Tables une extension due à la jurisprudence postérieure. On ne peut donc se fonder sur les commentaires des jurisconsultes classiques pour résoudre le problème; il faut s'en tenir au texte, qui parle uniquement de *pecunia*, et qui est muet sur la *domus familiaque*. La liberté de tester n'existait que pour cette partie de la fortune qui constituait la *pecunia* : on pouvait en disposer à son gré, sous forme de legs.

L'omnipotence du père de famille, au temps des Douze Tables. est également très contestable. Si le père a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, il ne peut en user d'une manière arbitraire. Pourquoi le pouvoir d'exhéréder échapperait-il à tout contrôle, alors que le pouvoir du père, comme magistrat domestique, est contenu dans de justes limites par les agnats qui composent le tribunal de famille?

La liberté de tester nous semble incompatible avec le régime de la propriété au temps des Douze Tables, avec le principe de la conservation de certains biens dans les familles. S'il y a des

biens frappés d'indisponibilité entre vifs, ou, du moins, s'ils ne peuvent être aliénés que pour une cause grave, permettre d'en disposer librement à cause de mort, serait rendre la défense d'aliéner illusoire. S'il y a des biens affectés à la famille, il ne peut dépendre du chef d'en frustrer les enfants qui n'ont pas démérité. Mais à défaut d'héritier sien, c'est un devoir pour lui de se préoccuper de ce que deviendront, après sa mort, la terre de ses ancêtres, l'*heredium* qu'ils lui ont transmis, leur culte domestique. C'est à lui de choisir, parmi ses *gentiles* ou en dehors de sa *gens*, le citoyen qui recueillera ses biens patrimoniaux et prendra soin de son culte, et de soumettre son choix à l'approbation des pontifes et du peuple.

Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer l'importance du désaccord qui existe entre les partisans des deux systèmes : c'est surtout une question de date. Les uns font remonter plus haut que les autres le moment où la liberté de tester a été admise par les Romains. Lorsque les comices curiates ont cessé de se réunir, et que les biens patrimoniaux ont été estimés, non plus d'après leur affectation aux besoins de la famille, mais d'après leur valeur pécuniaire, le pouvoir du chef de famille a grandi, la liberté de tester a été consacrée par l'usage. Mais l'exercice du droit de tester, à peine débarrassé des entraves résultant de l'intervention des pontifes et du peuple, a été limité d'une autre manière par l'introduction de la plainte d'inofficiosité. A l'indisponibilité de certains biens, on a substitué l'indisponibilité d'une quotité; au contrôle des pontifes et du peuple, on a substitué celui des centumvirs; on a élargi en même temps le cercle des personnes admises à le réclamer. Dans notre manière de voir, la plainte d'inofficiosité n'est pas la conséquence d'une idée nouvelle que le droit antérieur n'avait pas connue. On retrouve dans cette institution la pensée qui avait fait établir l'usage du testament comitial : celle de garantir les droits de certaines personnes à l'héritage d'un chef de famille.

III

DÉLATION DE L'HÉRÉDITÉ.

I. — En droit moderne, l'hérédité est déférée par la volonté de l'homme ou par la loi. La délation de l'hérédité est soumise à trois règles générales : 1° l'héritier testamentaire passe avant l'héritier légitime; 2° l'hérédité légitime est, en principe, attribuée

aux personnes unies au *de cujus* par les liens du sang; 3° la loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens, pour en régler la succession.

Dans l'ancien droit romain, l'héritier testamentaire est préféré au successeur *ab* intestat; mais il est exclu par une classe d'héritiers particulièrement favorisée, celle des héritiers domestiques. La loi ne tient pas compte des liens du sang : elle s'attache, avant tout, au fait de la soumission au droit d'un même maître. La parenté naturelle ne suffit pas pour motiver un droit de succession (1). La loi n'attribue aux agnats ou aux gentils d'un citoyen mort sans héritier sien ou testamentaire que les biens patrimoniaux : elle permet au *de cujus* de disposer librement, sous forme de legs, de sa fortune individuelle, même au préjudice de ses héritiers domestiques. S'il n'a pas usé de ce droit, les biens composant la *pecunia* appartiennent, sans doute par droit d'occupation, à l'héritier ou au plus proche agnat.

II. — A qui appartient la qualité d'héritier? Dans les fragments qui nous ont été conservés de la loi des Douze Tables, la qualité d'héritier est reconnue aux héritiers siens, tels que les enfants nés du mariage et placés sous la puissance immédiate du *de cujus* au jour de sa mort. A côté de cette classe d'héritiers, il en est une autre qui puise sa vocation dans la volonté du *de cujus* exprimée par testament. Il y avait donc dans l'ancien droit deux sortes d'hérédités : l'hérédité domestique et l'hérédité testamentaire; deux classes d'héritiers : l'héritier sien et l'héritier institué.

En droit classique, ce ne sont pas seulement les héritiers siens qu'on oppose aux héritiers testamentaires, ce sont tous les héritiers *ab* intestat, c'est-à-dire même les agnats. En était-il ainsi dans l'ancien droit? les agnats avaient-ils la qualité d'héritiers? Cela nous paraît très douteux. Le texte des Douze Tables nous semble significatif : il évite de leur donner ce titre ; il se borne à leur attribuer la propriété de la *familia* du défunt (2). C'est dans les mêmes termes que les gentils étaient appelés à défaut

(1) Voy. J. E. Labbé, *De la famille civile et de la famille naturelle.* (Appendice au t. III d'Ortolan, p. 797.) « Si le droit de succession se rattache historiquement à la communauté familiale, on peut conjecturer *a priori* qu'à une certaine époque de l'évolution juridique, le droit successoral a dû se confondre avec le fait de la cohabitation ou du séjour commun sur le domaine à partager. » (Viollet, *Précis de l'hist. du droit français*, 1886, p. 703.) Bernhöft, *Altindische Familienorganisation* (Z. f. vgl. Rw., 1890, IX, 2), signale chez les Dravidiens l'existence d'une parenté artificielle qui présente plusieurs des traits de l'agnation.

(2) Ulp., XXVI, 1 : *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.* Cf. Ulp., 46 ad Sab., D., L, 16, 195. 1.

d'agnats (1). Les agnats et les gentils étaient de simples successeurs aux biens, ils n'étaient pas appelés à continuer le culte domestique et la maison du défunt ; ce n'étaient pas des héritiers. De là la défaveur des Romains pour la succession *ab* intestat, et leur préférence bien marquée pour l'hérédité testamentaire, surtout depuis le jour où l'héritier sien fut rangé parmi les successeurs *ab* intestat.

Nous aurons à rechercher plus tard comment on a étendu aux agnats et aux gentils la qualité d'héritier. Pour le moment, nous ne nous occuperons que de l'hérédité domestique et de l'hérédité testamentaire, et nous examinerons les moyens imaginés par les Romains pour atténuer dans une certaine mesure les inconvénients attachés à la succession *ab* intestat.

§ 1er. — *Hérédité domestique.*

A la mort du chef de maison, l'hérédité reste la propriété des membres de la famille qu'on appelle héritiers siens et nécessaires.

I. — Les héritiers siens et nécessaires sont d'abord les enfants ou descendants nés en légitime mariage et placés, à la mort du *de cujus,* sous sa puissance immédiate. Ils recueillent les biens du père sans distinction de sexe ni de primogéniture, encore qu'ils soient issus de différents mariages. Le sexe n'est pas une cause de préférence, ni d'exclusion ; les filles ont les mêmes droits que les fils (2). Le droit d'aînesse est inconnu (3).

Si le *de cujus* laisse plusieurs descendants à des degrés inégaux, par exemple un fils et un petit-fils issu d'un enfant prédécédé, le petit-fils prend sa part dans l'hérédité de son grand-père, non pas comme représentant son père, mais en vertu d'un droit propre que le prédécès de son père lui permet d'exercer.

La qualité d'héritier sien appartient également à l'enfant qui est entré dans la maison du *de cujus* par adrogation, à la femme

(1) Ulp., Coll. leg. Mos., XVI, 4, 2 : *Si agnatus nec escit, gentiles familiam (habento).*

(2) Il en était autrement chez les Germains (Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire,* 241 ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France,* 1889, III, 143) ; dans l'ancien droit scandinave (Dareste, *Études d'histoire du droit,* 291) ; dans la coutume de Normandie (A. Le Poittevin, *Des droits de la fille ou du mariage avenant dans la coutume de Normandie,* 1889, p. 1). Cf. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français,* 707.

(3) Il en était de même à Sparte, suivant Jannet, op. cit., 83.

du *de cujus* pourvu qu'elle soit passée sous la *manus* de son mari (1), aux femmes des fils du *de cujus*, toujours sous la condition qu'elles soient *in manu*.

Toutes ces personnes sont des héritiers siens et nécessaires. D'où leur vient cette dénomination? On les appelle héritiers siens, dit Gaius, parce que ce sont des héritiers domestiques et que, du vivant de leur père, on les considère en quelque sorte comme maîtres de la maison (*domini*) (2). A parler exactement, il n'y a pas succession : les héritiers siens recueillent des biens qui leur appartenaient déjà. Cette idée d'une copropriété de famille est exprimée même par les jurisconsultes classiques (3).

L'hérédité domestique repose, non pas sur la loi, mais sur une très ancienne coutume antérieure aux Douze Tables. Les décemvirs se bornent à régler le sort de la *familia* du *de cujus*, lorsqu'il n'a ni héritier sien ni héritier testamentaire. Dans les plus anciens exemples que nous possédions de testaments faits par un père, on suppose toujours qu'il croit ses enfants prédécédés (4). Il ne faut pas confondre l'hérédité domestique avec la vocation *ab* intestat des agnats. La première ne suppose aucune transmission des biens; il en est autrement de la seconde. Les héritiers domestiques prennent l'administration de biens dont ils étaient déjà propriétaires; les agnats acquièrent les biens par la volonté de la loi. Il reste encore une trace de cette distinction dans le *jus civile* de Q. Mucius Scævola : ce jurisconsulte traite de la vocation *ab* intestat

(1) Gaius, II, 139, 159 : *quasi sua*. Dans ce cas seulement elle fait partie de la maison du mari, et c'est à ce titre, et non parce qu'elle est la femme du *de cujus*, qu'elle a droit à l'hérédité.

(2) Gaius, II, 157.

(3) Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 9, 1, 12 : Pæne ad propria bona veniunt. Paul, 2 ad Sab., D., XXVIII, 2, 11 : « In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. » L'idée d'une copropriété familiale a rencontré des adversaires. Elle est combattue par ceux qui pensent que la propriété individuelle était admise avec toutes ses conséquences au temps des décemvirs. Cette idée leur paraît se rapporter à un état social qui n'était pas celui des Romains au début du quatrième siècle. Cf. Muehlenbruch, continuation de Glück, t. 36, p. 145; Hölder, *Beitrage zur Geschichte des röm. Erbrechts*, 1881, p. 93; Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, 1885, p. 108. Voy. dans le sens de notre opinion, qui est celle de Cujas (ad tit. de lib. et post.), Danz, *Lehrb.*, II, 88; Esmarch, *Röm. Rechtsgeschichte*, § 61; Kuntze, II, 628; Pernice, *Labeo*, I, 107; Carle, *Le origini*, 542; Schulin, *Lehrb.*, 439; Schirmer, *Das Familienvermögen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Römern* (Z. Sav. St., 1881, p. 166). Dareste, *Études d'hist. du droit*, 246. La transition de la communauté primitive à la propriété du père de famille s'accuse très nettement, dit M. Dareste, dans la loi crétoise de Gortyne (IV, lignes 23-31).

(4) Val. Max., VII, 7, 1. A Athènes, le droit de tester était refusé au citoyen qui avait des enfants vivants. Voy. Caillemer, *Le droit de tester à Athènes*, 1870, p. 31; Schulin, op. cit., p. 15. Il en était vraisemblablement de même à Sparte. Voy. Cl. Jannet, op. cit., 134.

des agnats dans son livre III, *De hereditatibus,* et de l'hérédité domestique dans le livre XII *De dominiis.*

La qualité d'héritier domestique étant une conséquence de la situation de l'enfant ou de la femme dans la maison du *de cujus,* elle se perd par suite de tous les événements qui ont pour effet de les exclure de la maison : l'émancipation pour les enfants; la *diffarreatio* ou la remancipation pour les femmes *in manu* répudiées par leur mari.

La simple répudiation de la femme mariée, ou l'*abdicatio* du fils de famille, n'avaient d'autre effet que de les exclure de la famille. Cette proposition, admise pour le cas de répudiation, nous paraît également vraie pour l'*abdicatio.* Elle est confirmée par le témoignage de Nonius Marcellus. Un passage de Quintilien prouve que l'enfant gardait la qualité de *suus;* il cite une loi qui avait retiré au fils *abdicatus* le droit de recueillir aucune part des biens du père; cette loi, dit-il, eût été inutile, si le fils eût été, après son exclusion, considéré comme étranger à la maison (*alienus*) (1).

L'enfant conservait donc, malgré l'*abdicatio,* la qualité d'héritier sien, avec tous ses avantages. Pour la lui enlever, le père devait l'exhéréder (2). Sa décision était, comme toute autre disposition testamentaire, soumise à l'approbation des pontifes et du peuple. Il en fut sans doute autrement sous l'empire de la loi mentionnée par Quintilien. Cette loi avait frappé l'*abdicatus* de l'incapacité de recueillir aucune part des biens du père, sans distinguer si le père était mort testat ou intestat. La loi était surtout utile dans ce dernier cas : il avait paru choquant de voir l'hérédité passer aux mains d'un enfant que son père avait chassé comme indigne. Dès lors, la clause d'exhérédation devint une simple formalité; elle servait à enlever à l'*abdicatus* le titre d'héritier. La jurisprudence imagina un moyen plus radical, qui permit au père d'exclure l'enfant de la maison et, par suite, de lui faire perdre la qualité d'héritier sien et d'agnat : ce fut l'émancipation (3).

II. — Lorsque le maître de maison laissait à son décès plu-

(1) Non. Marc., supra, p. 163; Quintil., III, 6.

(2) En droit attique, l'exhérédation n'était pas permise; pour enlever à son fils sa vocation héréditaire, le père devait l'exclure de la famille de son vivant. Cf. Schulin, *op. cit.,* p. 22; Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes,* p. 24. Schirmer, op. cit., 166, pense qu'à Rome le père ne pouvait pas non plus, dans l'origine, exhéréder ses enfants. Mais Paul affirme que la faculté d'exhéréder n'est pas incompatible avec le droit des enfants sur les biens patrimoniaux (2 ab Sab., D., XXVIII, 2, 11) : « Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat quod licet eos exheredare quos et occidere licebat. »

(3) Cf. sur la situation des enfants *forsfamiliés* dans notre ancien droit français. Viollet, *Précis de l'hist. du droit français,* 703.

sieurs héritiers siens et nécessaires, que devenaient ses biens patrimoniaux? Nous avons déjà vu qu'aux premiers siècles de Rome, ils demeuraient indivis entre les *consortes* (1). Lorsque, dans la seconde moitié du troisième siècle, les terres gentilices commencèrent à se morceler, et que chaque chef de famille en eut occupé sa part, on dut songer à autoriser le partage des biens qui jusqu'alors avaient composé la *familia*. Gaius dit que l'action en partage (*familiæ erciscundæ*) dérive des Douze Tables (2). Elle était soumise à une solennité particulière dont le trait caractéristique n'était pas seulement l'emploi de paroles sacramentelles (3), mais surtout un appel adressé à tous les *consortes*. De là, la dénomination donnée à la demande en partage : *herctum ciere* (4).

On ignore quels étaient les rites à observer pour procéder au partage. On peut toutefois supposer qu'il y avait ici quelque cérémonie religieuse pour briser le lien qui avait uni jusqu'alors les personnes groupées autour du même foyer. La cérémonie du partage s'appelait *deserctio* (5). Les membres de la famille désormais séparés étaient *dissortes* (6). Quant au partage lui-même, par qui était-il effectué? Nous n'avons à cet égard de renseignements que pour les derniers siècles de la République. Cicéron nous apprend que l'action en partage constituait un *arbitrium* (7). Un jurisconsulte du deuxième siècle de notre ère, Q. Cervidius Scævola, parle de plusieurs arbitres chargés de procéder à un partage, ce qui donne lieu de croire qu'ils étaient peut-être trois, comme dans l'action *finium regundorum* et dans l'action *liti æstimandæ*.

On ignore également dans quels cas le partage pouvait être demandé. En pratique, le maintien de l'indivision était le cas le plus fréquent (*inercta familia*) (8). On en trouve des exemples jusqu'à la fin de la République (9). Même sous l'empire, le *con-*

(1) Cf. Poisnel, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains* (Nouv. Rev. histor., 1879), p. 443. Pernice, Z. Sav. St., 1882, p. 67.

(2) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., X, 2, 1 pr. D'après Karlowa, *Civil progress*, 143, le partage de l'*heredium* resta défendu par les Douze Tables.

(3) Cic., De orat., I, 56 : qui, quibus verbis herctum ciere oporteat, nesciat, idem herciscundæ familiæ causam agere non possit. Quintil., VII, 3, 13 : opus est aliquando obscurioribus et ignotioribus verbis ut quid sit clarigatio ercti citi.

(4) P. Diac. : « *Erctum citumque* qu[od] fit inter consortes ut in libris legum romanarum legitur. Erctum a coercendo dictum, unde et erciscundæ et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo. » Cet appel tenait lieu sans doute de l'*in jus vocatio*, qui eût été difficile à réaliser ici, si l'on avait dû se conformer aux règles ordinaires.

(5) P. Diac. : *desertiones* divisiones patrimoniorum inter consortes.

(6) Philox. Gloss., 75, 34 : dissortes, διακληρωθέντες.

(7) Cic., De or., I, 56.

(8) P. Diac. : *inercta* : indivisa.

(9) Après la mort d'Appius Claudius Pulcher en 678, ses trois fils et ses deux filles non mariées continuèrent à vivre en commun. Varr., R. r., III, 16, 2; Val. Max., IV,

sortium entre frères n'a pas disparu, mais il n'a plus alors qu'une portée restreinte, comme on pourrait le retrouver encore dans nos sociétés modernes (1).

§ 2. — *Droit de retour intestat du plus proche agnat et des gentils.*

En expliquant la notion de l'hérédité, nous avons montré qu'il est fort douteux que les agnats et les gentils aient eu, dans le principe, la qualité d'héritiers. Nous avons à rechercher quelle était la nature et le fondement de leur droit, et quels étaient ceux qui pouvaient l'invoquer.

I. — Le droit des gentils est bien moins un droit de succession qu'un droit de retour; c'est ainsi qu'il est caractérisé dans les textes (2). Les gentils reprennent des biens qui leur avaient été concédés en bloc lors de leur admission dans la cité, ou qui autrefois étaient la propriété collective de leurs ancêtres. Comme les communautés agraires n'avaient pas été supprimées par la loi, il était naturel d'admettre le retour à l'état antérieur, lorsque celui qui, par une possession prolongée, s'était rendu maître d'une parcelle de terre gentilice, mourait sans héritier sien et sans en avoir disposé.

Cependant cette conséquence a été écartée dans une certaine mesure par les Douze Tables. Les décemvirs accordent au plus proche agnat, quel que soit son degré, un droit de préférence qui lui permet de recueillir la *familia* à l'exclusion de toute autre personne. C'était un moyen de diminuer les chances de morcellement entre tous les gentils et d'éviter la reconstitution d'une communauté agraire pour une terre de médiocre étendue.

La vocation *ab* intestat des *gentiles* n'est pas restée le privilège des patriciens. Certaines familles plébéiennes se sont donné une organisation analogue à celle des *gentes* patriciennes et ont formé des souches (*stirpes*). L'usage a admis un *jus stirpis* conférant, au point de vue de la succession *ab* intestat et de la tutelle, les mêmes avantages que le droit gentilice (3).

4, 8, cite l'exemple de la famille des Ælii, qui comprenait seize citoyens habitant ensemble une petite maison; ils possédaient à eux tous une terre située du côté de Véies et dont la culture réclamait moins de personnes qu'elle n'avait de maîtres. Ce cas était exceptionnel : Cicéron, De off., I, 17, cite, parmi les causes qui ont déterminé la séparation des membres des familles, l'impossibilité matérielle où ils étaient de trouver place sous le même toit.

(1) Pap., 3 Resp. ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 52, 8.

(2) Cic., De or., I, 39. Le droit des agnats est caractérisé de la même manière. Ter., Andr., IV, 5, 4 : ejus morte ea ad me lege redierunt bona. Cf. Don., in h. l.; Ter., Hec., I, 2, 97; Paul, De grad., D., XXXVIII, 10, 10 pr.; Pap., 19 quæst., D., XXXI, 69 pr. Voy. supra, p. 88.

(3) Cic., De or., I, 39 : Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios cen-

II. — Le droit attribué au plus proche agnat par les Douze Tables peut être qualifié de retour légal (*legitimum jus*) ; il est distinct de celui qui appartient aux gentils en vertu de la coutume. Il appartient non pas à la masse des agnats, mais à celui ou à ceux d'entre eux qui sont au degré le plus proche le jour où il est certain qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire. Aucun autre agnat ne saurait invoquer un droit de préférence, même si l'agnat du degré le plus proche renonce à s'en prévaloir. C'est ce que les textes expriment en disant : Il n'y a pas de dévolution dans l'ordre des agnats (1).

L'agnat le plus proche acquiert la propriété des biens composant la *familia* en vertu de la loi, donc indépendamment de toute adition. L'adition ne se conçoit même pas de sa part, puisqu'il n'a pas la charge du culte et des dettes du *de cujus*. Lorsque, plus tard, on lui conféra le titre d'héritier avec les charges qui en résultent, on n'alla pas jusqu'à le lui imposer ; comme tout autre héritier, il eut à faire adition. Mais même à cette époque, l'adition, nécessaire pour le rendre responsable des dettes (2), ne l'était pas pour lui faire acquérir les biens ; il avait le droit de disposer de ces biens avant d'avoir fait adition : il en était autrement de l'héritier testamentaire, qui n'acquérait l'hérédité que par l'acte qui l'engageait envers les créanciers, par l'adition. Il y a là une singularité ; ce n'est pas la seule. La cession de l'hérédité faite par l'agnat lui enlève la qualité d'héritier pour la transporter au cessionnaire, contrairement à la règle *seme lheres, semper heres*. Cette double anomalie s'explique aisément si l'on y voit un vestige de l'époque où l'agnat, appelé par la loi à recueillir la *familia*, n'avait pas encore la qualité d'héritier.

L'*in jure cessio* présente d'autres particularités. Le cessionnaire qui traite avec l'agnat avant l'adition acquiert la propriété des choses corporelles par l'*in jure cessio ;* il est tenu envers les créanciers du défunt en vertu de l'adition. Mais comment les créances passent-elles sur sa tête ? C'est probablement une conséquence du caractère que présentaient les créances dans le très ancien droit : celui qui s'obligeait engageait ses services et faisait éventuellement partie de la *familia* comme un esclave.

tumviri judicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem gente ad se redire dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis jure dicendum. Cf. KARLOWA, *Röm. R. G.*, I, 36 ; PERNICE, *Labeo*, I, 95 ; MOMMSEN, III, 74 (82).

(1) GAIUS, III, 12 : nec in eo jure successio est. Cf. LABBÉ, *La dévolution dans la succession légitime* (Append. au t. III d'Ortolan), p. 804.

(2) Il est à remarquer que GAIUS, II, 35, emploie le mot *obligatio* comme synonyme d'adition.

Si la cession a lieu après l'adition, le cédant reste héritier; il demeure tenu vis-à-vis des créanciers; mais les créances appartenant au défunt sont perdues, et par suite les débiteurs réalisent un bénéfice; quant aux choses corporelles comprises dans l'hérédité, elles passent au cessionnaire, comme si chacune d'elles avait été l'objet d'une *in jure cessio* spéciale (1).

Que le cédant reste obligé envers les créanciers, c'est la conséquence de l'adition qu'il a faite. Mais pourquoi ne conserve-t-il pas le droit de poursuivre les débiteurs héréditaires, si l'*in jure cessio* est impuissante à opérer la cession des créances? Voici, croyons-nous, comment on peut l'expliquer : en prenant part à l'*in jure cessio,* le cédant a reconnu en présence du magistrat qu'il n'était pas héritier. Il ne peut pas aujourd'hui se mettre en contradiction avec lui-même et exercer une action en justice, en affirmant qu'il est l'héritier du créancier. Si donc les débiteurs héréditaires sont à l'abri de toute poursuite, ce n'est pas que leurs dettes soient éteintes, l'*in jure cessio* n'est pas un mode d'extinction des créances, c'est que le cédant a perdu le droit d'affirmer devant le magistrat qu'il est héritier. Le préteur ne permettrait pas que le cédant donnât un démenti à sa précédente déclaration; il refuserait de présider à l'action de la loi, plus tard de délivrer la formule. Mais le cédant ne saurait se prévaloir de sa propre déclaration pour repousser la poursuite des créanciers; cette déclaration ne leur est pas opposable.

§ 3. — *Hérédité testamentaire.*

Le principe de la conservation des cultes et des familles conduisit les Romains à imaginer des moyens artificiels de les maintenir, à défaut d'héritiers siens issus d'un légitime mariage. Ces moyens sont au nombre de deux : l'adrogation et l'institution d'un héritier par testament. Il y a entre eux cette différence que l'adrogeant se préoccupe de son culte gentilice, le testateur de son culte domestique; l'adrogeant veut en même temps perpétuer le nom de sa *gens*. Cette différence entraîne d'ailleurs une conséquence qui donne à l'adrogation une physionomie particulière : l'adrogé entre dans la famille et dans la *gens* de l'adrogeant; il n'en est pas de même de l'héritier.

Dans l'ancien droit comme en droit classique, l'institution

(1) Ces divers effets se produisaient, quelle que fût la qualité du cédant, d'après les Proculiens. Les Sabiniens pensaient que l'*in jure cessio* faite par un héritier sien était sans effet dans tous les cas, qu'elle eût lieu avant ou après l'adition. GAIUS, II, 35-37; cf. III, 85-87.

d'héritier a lieu par testament. Gaius, recherchant les origines des modes employés de son temps pour instituer un héritier, indique deux sortes de testament, l'un usité en temps de paix, l'autre en temps de guerre, le testament comitial et le testament *in procinctu*.

I. — Le testament comitial est un acte solennel qui se faisait deux fois par an (1) dans les comices calates, devant le collège des pontifes (2). Les textes ne fournissent aucune indication sur le rôle des pontifes. Si nous sommes moins bien renseignés que sur l'adrogation, c'est que le testament comitial est tombé de bonne heure en désuétude, tandis que la forme antique de l'adrogation s'est conservée pendant bien des siècles. Nous en sommes donc réduit ici à des conjectures, mais ces conjectures deviennent presque des certitudes à cause de l'analogie si étroite qui existe entre l'adrogation et le testament : il appartenait aux pontifes d'examiner s'il y avait lieu de proposer au peuple la transmission du culte domestique.

Comment l'héritier pouvait-il être chargé d'un culte auquel il était étranger? devait-il honorer à la fois ses dieux domestiques et ceux du testateur (3)? La difficulté était bien plus grande encore, lorsqu'il n'appartenait pas à la même *gens* : la participation d'un étranger au culte gentilice entraînait la perturbation du culte; c'était une souillure pour la *gens*. Il y avait là bien des questions délicates qui rendaient nécessaire l'intervention des pontifes. Nous ignorons d'ailleurs comment elles étaient résolues.

L'intervention du peuple est due ici à une cause particulière. Dans l'adrogation, elle a pour but de consacrer le changement de *gens* de l'adrogé, ce qui avait toujours une importance politique. Pour l'institution d'héritier, il s'agissait d'autoriser une dérogation au principe de la conservation des biens dans la famille. Les biens patrimoniaux du *de cujus* allaient se réunir à ceux de l'héritier. Le peuple avait à décider si cet accroissement de puissance pour la maison de l'institué devait être permis, et en même temps à sauvegarder les intérêts des héritiers siens, si ces héritiers n'avaient pas tous disparu.

D'autre part, l'*heredium*, ayant été concédé par le roi et con-

(1) Le 24 mars et le 24 mai, suivant MOMMSEN, III, 376 (432), dont la conjecture est combattue par HARTMANN, *Ordo judiciorum*, 42, et par VOIGT, I, 224.

(2) GAIUS, II, 101; GELL., XX, 17. Cf. VOIGT, I, 224; MOMMSEN, II, 37. On ignore qui avait la présidence de l'assemblée. C'étaient les mêmes comices devant lesquels avait lieu la *sacrorum detestatio* de l'adrogé. Voy. supra, p. 236.

(3) Le culte domestique consistait surtout à accomplir les cérémonies et à célébrer les fêtes instituées par le testateur et ses ancêtres. Cf. CIC., De leg., II, 20.

sacré par la religion, ne pouvait sortir de la famille à laquelle il avait été attribué, sans une autorisation des pontifes et du peuple. Depuis Servius, la question offrait un intérêt de plus. Pour assurer la régularité des opérations du cens, Servius avait interdit de changer de domicile : cette défense ne pouvait être levée que par une loi.

Le peuple était-il réellement appelé à voter sur le projet de testament, ou jouait-il simplement le rôle de témoin ? Il faut, à notre avis, faire une distinction d'époques.

Aux premiers siècles de Rome, le peuple intervenait à un double titre : il était appelé à se prononcer sur le projet qui lui était soumis; en cas d'approbation, on le prenait à témoin de l'existence du testament. Plus tard, la réunion des comices devint une simple formalité : au lieu d'exercer un droit de contrôle, le peuple servit de témoin. Il a dû se produire ici un changement analogue à celui que l'on constate pour l'adrogation : au lieu d'exiger l'approbation des comices par curies, on se contenta d'une déclaration faite en présence de trente licteurs (1).

Le caractère législatif du testament soumis aux comices ressort d'ailleurs, soit de la forme de ses dispositions, soit de ses effets. Les dispositions testamentaires sont toujours conçues à l'impératif (*heres esto, damnas esto*). Même à l'époque classique, où le testament ne se faisait plus dans les comices, on considérait comme nulle une institution d'héritier qui, dans la forme, semblait émaner exclusivement de la volonté du testateur (2).

Les effets du testament dépassent la portée ordinaire des actes émanant d'un simple particulier. De tous ces effets, le plus remarquable est assurément celui qui consiste à imposer à l'héritier une charge (*damnatio*) au profit d'un tiers. D'après le droit commun, il n'est pas en mon pouvoir de déclarer, de ma propre autorité, qu'une personne qui n'est pas sous ma puissance sera tenue d'effectuer une prestation. Tout chef de maison est indépendant vis-à-vis de ses concitoyens. On ne peut acquérir un droit sur lui qu'en accomplissant les solennités du *nexum* ou lorsqu'il s'est porté caution (*vas*). La loi seule commande; seule elle peut donner un ordre à tous les citoyens.

L'acquisition par le légataire d'un droit contre l'héritier présente une anomalie non moins grande. Il est de principe que nul ne peut acquérir un droit par l'effet d'un acte auquel il est resté

(1) Cic., Adv. Rull., II, 12. Cf. Mommsen, III, 320 (364); Lange, I, 178; Ihering, I, 147; Esmarch, *Röm. R. G.*, § 59; Kuntze, I, 573.

(2) Gaius, II, 117 : Illa (institutio) non est comprobata : *Titium heredem esse volo*.

étranger. La loi seule peut, en imposant une charge à l'héritier, conférer le droit corrélatif au légataire (1).

II. — Le testament *in procinctu* consiste en une déclaration de volonté faite par un soldat dans l'intervalle qui s'écoulait entre le moment où le général prenait les auspices pour ranger son armée en bataille et celui où il les prenait pour marcher au combat (2). Le testateur choisissait pour témoins quelques-uns de ses compagnons d'armes (3).

III. — A la différence de l'héritier domestique, l'héritier testamentaire n'acquiert pas de plein droit l'hérédité à la mort du *de cujus :* il doit manifester sa volonté de l'accepter. C'est ce qu'on appelle l'adition de l'hérédité. Elle consiste en une déclaration solennelle (*cretio*) en présence de témoins (4).

§ 4. — *Du testament nuncupatif avec mancipation de la* familia.

I. — Le testament comitial présentait un grave inconvénient : il ne pouvait se faire que deux fois par an. Le citoyen qui, dans

(1) Le caractère législatif du testament ressort également d'un passage de Gaius, II, 104, relatif à la forme de tester usitée à l'époque classique. Dans la formule rapportée par Gaius, le *familiæ emptor* déclare au testateur qu'il se prête à l'acquisition de ses biens pour lui permettre de tester conformément à la *lex publica :* « quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam. » On a prétendu que cette *lex publica* était la loi des Douze Tables, ce qui suppose démontré que la règle *uti legassit* avait une portée générale. On ne voit pas d'ailleurs pourquoi la dénomination de *lex publica*, qui convient à toute loi votée par le peuple, désignerait ici exclusivement la loi des Douze Tables; dans aucun autre cas, la loi décemvirale n'est ainsi qualifiée. Carle, *Le origini del diritto romano*, 509, n'admet pas cette interprétation. Il y a, il est vrai, un autre passage de Gaius, III, 174, où l'on a cru trouver la même expression. La formule que doit prononcer le débiteur qui veut se libérer *per æs et libram* se termine par ces mots : « hanc tibi libram primam postremamque... x... endo lege... bli.. a.. » Les derniers mots, dont on n'a pu déchiffrer que quelques lettres, ont été ainsi restitués par certains éditeurs : *expendo* (secundum) *legem publicam*. Cette restitution est tout à fait arbitraire : le mot *secundum* n'était certainement pas dans le manuscrit. Entre *expendo* et *lege*, il n'y a place pour aucun mot; puis, la *lex publica* qui serait ici mentionnée ne peut être ni la loi des Douze Tables, car le *nexum* remonte à une époque antérieure, ni toute autre loi, car le *nexum* n'a jamais été subordonné à un vote du peuple. La restitution la plus plausible est celle de Böcking : *expendo lege jure obligatus ;* elle a été confirmée dans une certaine mesure par Studemund, qui déclare qu'avant les lettres *bli* on pourrait lire *r o*. L'emprunteur était anciennement obligé *jure :* depuis les Douze Tables, il l'est aussi *lege*. Cf. Voigt, II, 460.

(2) Sabid., Comm. vers. Salior. in Schol. Veron. in Virg., Æn., X, 241, p. 105, ed. Keil.

(3) Festus : *In procinctu* factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat præsentibus commilitonibus. Plut., Cor., 9. On croyait autrefois que l'armée tout entière jouait ici le rôle du peuple assemblé dans ses comices. Il est bien difficile d'admettre qu'au moment de marcher au combat on prît le temps d'examiner un à un les testaments de tous les soldats et de voter pour ou contre. Aussi cette opinion est-elle aujourd'hui abandonnée. Mommsen, III, 307 (350); Voigt, I, 225.

(4) Gaius, II, 166; Ulp., XXII, 28; Cic., Ad Att., XIII, 46. Nous aurons plus ard à déterminer les effets de cette adition.

l'intervalle de la réunion des comices, était en danger de mort, courait le risque de mourir intestat, c'est-à-dire de n'avoir pas de continuateur de son culte et de sa maison, et de laisser sa *familia* à un agnat ou à des gentils qui lui étaient indifférents. La faculté accordée aux militaires, au moment de marcher au combat, de tester par une simple déclaration de volonté en présence de témoins, n'était pas un remède suffisant. Pourtant on ne songea pas à combler cette lacune tant que les testaments furent rares dans la pratique, c'est-à-dire tant que les héritiers siens ne firent pas défaut. Mais lorsque, vers la fin de la période que nous étudions, les familles eurent été décimées par des guerres continuelles, il devint nécessaire de faciliter les moyens de tester.

Le testament comitial présentait un autre inconvénient : il ne pouvait se faire qu'à Rome, sauf en temps de guerre. Lorsque l'extension des relations commerciales appela souvent les Romains à l'étranger, ce ne fut pas seulement au moment de marcher au combat qu'un chef de maison put se trouver en danger de mort : il pouvait être frappé dans un voyage sur terre ou sur mer, dans une attaque de brigands ou dans un naufrage.

Il fallut imaginer un autre mode de tester, mieux approprié aux conditions nouvelles de la vie sociale. Le procédé auquel on eut recours a tous les caractères d'un expédient : c'est incontestablement l'œuvre des prudents. Le *de cujus* fait connaître à un ami ses dernières volontés et le charge de les exécuter; puis, pour le mettre en mesure de s'acquitter de sa mission, il lui mancipe sa *familia*. C'est le testament *per æs et libram*, ou plus exactement par mancipation (1). Nous avons déjà fait remarquer que Gaius donne à cet acte le nom de testament, bien qu'il n'y ait ici aucune institution d'héritier. Les prudents ont sans doute pensé qu'on pouvait qualifier testament un acte où l'on dispose des biens réservés d'ordinaire aux héritiers, et consistant en une déclaration de volonté faite devant témoins. Dans le testament par mancipation, les témoins du testament devaient être les personnes convoquées pour servir de témoins à la mancipation.

L'exposé de Gaius sur le testament par mancipation donne lieu à une autre remarque importante. Gaius dit que le testament par mancipation est un testament qui se parfait par une mancipation (*quod per mancipationem peragitur*). Le testament ne se confond pas

(1) Gaius, II, 102. Cf. Hölder, op. cit., 49; Schulin, *Das griechische Testament*, 54 ; Salkowski, Z. Sav. St., 1882, p. 197 ; Edouard Cuq, *Recherches historiques sur le testament* per æs et libram, p. 2.

avec la mancipation, qui est simplement un moyen de le parfaire. Il y a ici deux actes distincts : le testament, c'est-à-dire la manifestation de la volonté du testateur, puis la mancipation de la *familia*, qui fournit à l'ami, à l'homme de confiance à qui le *de cujus* s'est adressé, le moyen d'accomplir la mission dont il est chargé. Le *de cujus*, en faisant connaître de vive voix ses volontés à un ami, fait un testament verbal, nuncupatif. Ce testament est sans valeur juridique, il n'a qu'une valeur morale ; c'est pour le dépositaire des volontés du défunt une affaire de conscience de les respecter (1). La mancipation, au contraire, procure au testament une certaine efficacité ; elle déplace la propriété de la *familia*, et la fait passer sur la tête de l'ami à qui le *de cujus* s'est adressé. Par là même elle exclut la vocation *ab* intestat du plus proche agnat et des gentils. Ceux-ci ne peuvent réclamer, au décès du *de cujus*, une *familia* dont il a disposé de son vivant. L'usage de la mancipation de la *familia* prouve que l'on tenait ici pour exceptionnellement valable la disposition entre vifs des biens patrimoniaux : l'aliénation en cas de danger de mort et pour parfaire un testament était regardée comme une de ces causes graves en vertu desquelles la mancipation était permise (2).

II. — Recherchons maintenant dans quelle mesure le testament par mancipation suppléait à l'insuffisance des deux autres modes de tester, et particulièrement du testament comitial.

L'acquéreur de la *familia* n'était pas héritier : il était, dit Gaius, *heredis loco*. Par son intermédiaire et grâce à son obligeance, le *de cujus* avait l'espoir d'atteindre certains résultats comme s'il avait eu un véritable héritier. L'acquéreur de la *familia* n'était personnellement tenu ni du culte, ni des dettes, mais il pouvait être chargé par le *de cujus* d'acquitter un vœu, de remettre aux créanciers ce qui leur était dû. En acceptant cette mission, l'acquéreur de la *familia* rendait un service d'ami : c'était une sorte d'exécu-

(1) Schulin, op. cit., 35, pense que dans le principe, alors qu'il n'était pas d'usage de détourner la mancipation de son application normale, il y avait cependant une *familiæ emtio*. On autorisait par-devant témoins un ami à prendre (*emere, sumere*, P. Diac., v° *Emere*) les biens du *de cujus* après son décès, et à titre de curateur (*endo mandatela custodelaque*). Le *familiæ emptor* aurait eu qualité pour *lege agere pro tutela*, comme tout curateur.

(2) On a dit que le testament par mancipation est le testament des plébéiens, tandis que le testament comitial est le testament aristocratique, le testament des patriciens. (Muirhead, *Introd. histor.*, 85 ; Carle, *Le origini*, 506 ; Maine, *L'ancien droit*, 191.) Il est vrai que les solennités du testament comitial semblent avoir été propres aux patriciens, tandis que la mancipation était accessible aux plébéiens. Cependant il est difficile d'affirmer que le testament par mancipation fut imaginé pour les plébéiens, car la raison qui, d'après Gaius, l'a fait introduire, s'applique également aux patriciens. Le patricien avait autant d'intérêt que le plébéien à pouvoir tester lorsqu'il était en danger de mort.

teur testamentaire. Pareillement les gratifiés n'étaient pas légataires. Le testament nuncupatif ne leur conférait aucun droit contre l'acquéreur de la *familia*. Les termes employés par Gaius excluent toute idée d'obligation imposée à cet acquéreur ; c'est une prière qui lui est adressée (1). Le gratifié était dans la situation du fidéicommissaire à l'époque où le fidéicommis n'était pas obligatoire : il était à la merci du fiduciaire (2). Comment donc le gratifié acquérait-il la propriété de la chose qui lui était remise par le *familiæ emptor?* Il ne peut être question d'une acquisition en vertu de la loi, car la mancipation de la *familia* est une invention de la pratique ; il fallait recourir aux modes ordinaires du droit privé. Le *familiæ emptor* remancipait à la personne qui lui était désignée la chose qu'il avait lui-même acquise par mancipation (3).

Quel était l'objet de la mancipation consécutive au testament? Ce serait, d'après Gaius, le patrimoine du testateur. Faut-il entendre par là l'ensemble de ses biens? Il est douteux que, dans le principe, le mot *familia* ait reçu une acception aussi large. Au temps où fut introduite la mancipation de la *familia*, on distinguait encore *familia* et *pecunia*. La mancipation s'appliquait donc vraisemblablement aux biens patrimoniaux, à ceux que l'on devait en principe conserver dans la famille. Quant à ceux qui constituaient la fortune individuelle, la mancipation était inutile :

(1) Cette sorte de libéralité à cause de mort est vraisemblablement celle que les textes désignent sous le nom de *mortis causa capio*. Voy. Edouard Cuq, op. cit., 26.

(2) On a prétendu cependant que les instructions données à l'acquéreur de la *familia* étaient pour lui obligatoires, sans quoi l'on ne pourrait plus dire que la mancipation de la *familia* tient lieu de testament. Par testament on peut faire un legs, par mancipation on ne pourrait faire aucun acte produisant un effet juridique : c'est inadmissible. Les instructions données à l'acquéreur de la *familia* sont obligatoires en vertu de la règle : *Uti legassit... ita jus esto*. *Legare*, dit-on, signifie dans ce texte, non pas léguer, mais *legem dicere;* cela résulte de divers fragments qui parlent de *legem testamento dicere*. (Paul, 2 Reg., D., XXVIII, 1, 14; 15 Resp., D., XL, 5, 40, 1 ; Sever. et Antonin. ap. Marc., 8 Inst., D., XXX, 114, 14; Hermog., 4 jur. epitom., D., XXXII, 22 pr.) Nous croyons plutôt que cette expression désigne les conditions sous lesquelles le testateur a disposé, et non les dispositions mêmes du testament : les mots *legem dicere legatario, talem legem*, ne peuvent s'entendre autrement. Il y a d'ailleurs une raison décisive pour écarter cette interprétation, c'est que Gaius ne parle ni de *legare*, ni de *legem dicere*, mais de *rogare*. Aussi ceux qui accordent un droit d'action au gratifié contre le *familiæ emptor* sont-ils obligés de dire que Gaius s'est trompé, qu'il a employé un terme impropre pour rendre sa pensée. Cf. Danz, II, 114.

(3) Lorsqu'au décès du disposant l'acquéreur de la *familia* négligeait de transférer la propriété des biens du défunt aux personnes qui lui avaient été désignées, ces personnes étaient privées de la libéralité faite à leur profit. C'est à tort que j'avais cru pouvoir leur accorder le bénéfice de l'usucapion à titre d'héritier (op. cit., p. 27) : cette usucapion suppose que les biens héréditaires sont délaissés, ce qui n'est pas le cas ici. Les biens sont la propriété de l'acquéreur de la *familia ;* ils ne pourraient lui être enlevés que par l'effet d'une usucapion ordinaire.

il suffisait d'en disposer sous forme de legs. Rien n'empêchait, d'ailleurs, le *de cujus* de faire simultanément un legs portant sur sa fortune individuelle et une mancipation de ses biens patrimoniaux. Plus tard, lorsqu'on attacha moins d'importance à la conservation de cette dernière catégorie de biens, on trouva inutile de faire deux actes distincts, l'un pour la fortune individuelle, l'autre pour les biens patrimoniaux, d'autant plus qu'ils avaient une partie commune : la déclaration devant témoins. La fortune du testateur fut considérée comme un seul tout, et la mancipation fut appliquée même aux biens composant la *pecunia*. La mancipation devint collective alors que, dans le principe, elle était certainement individuelle (1).

En somme, le testament par mancipation n'était qu'un pis aller. L'acquéreur de la *familia*, pas plus que l'agnat ou les gentils qui la recueillaient *ab* intestat, ne continuait le culte et la maison du défunt. L'utilité que présentait le testament par mancipation était de donner au citoyen en danger de mort le moyen de transmettre ses biens à d'autres qu'au plus proche agnat ou aux gentils, en confiant à la loyauté d'un ami le soin d'exécuter ses dernières volontés.

§ 5. — *Usucapion* pro herede.

L'usucapion à titre d'héritier est une institution assez étrange sur laquelle nous n'avons que des renseignements incomplets. On a proposé bien des conjectures pour l'expliquer (2). Le plus sûr est encore de s'en tenir à ce que dit Gaius. Si son exposé ne lève pas tous les doutes, on peut du moins en dégager les traits principaux de cette institution.

D'après le récit de Gaius, cette usucapion a pour but d'exciter l'héritier à faire adition le plus tôt possible, sous peine de perdre son droit à bref délai. S'il ne se hâte pas de prendre possession des biens héréditaires, on autorise le premier venu à s'emparer de ces biens et à les usucaper par un an, même s'il y a des immeubles, pourvu qu'il se porte héritier et, par suite, qu'il assume toutes les charges inhérentes à cette qualité.

On a voulu, dit Gaius, que le culte domestique du *de cujus* ne fût pas trop longtemps délaissé, et qu'il y eût quelqu'un pour répondre

(1) Voy. *suprà*, p. 257.

(2) Huschke, Z. f. Gesch. Rw., 1848, XIV, 145; Scheurl, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts,* I, 94; Dubois, Nouv. Rev. histor., 1880, IV, 101; Voigt, II, 375. Leist, continuation de Glück, liv. 37 et 38, I, 164; Hölder, 129; Rivier, *Traité élémentaire des successions à cause de mort*, 1878, p. 34; Kuntze, II, 617; Lassalle, op. cit., 389; Maynz, III, 197; Voigt, II, 375; Van Wetter, I, 382.

aux demandes des créanciers. Ce double intérêt devait paraître bien pressant pour qu'on n'ait pas hésité à sacrifier le droit de l'héritier.

Ce qui n'est pas moins remarquable, c'est qu'on n'ait pas déclaré que la succession *ab* intestat serait ouverte au moins après un certain temps. N'y a-t-il pas dans ce fait la preuve qu'agnats et gentils n'étaient pas héritiers et n'avaient pas la charge du culte et des dettes? Rien n'empêchait du reste un agnat de se porter héritier et d'usucaper *pro herede* (1).

Le récit de Gaius nous laisse dans l'incertitude sur un point important. Comment expliquer la faculté accordée au premier venu d'acquérir le titre d'héritier? S'il est vrai que la nomination d'un héritier testamentaire soit soumise au contrôle des pontifes et du peuple, pourquoi tant de précautions et de formalités d'un côté, tant d'indifférence et de laisser-aller de l'autre? Si celui qui usucape *p. h.* est peu honorable, le culte et la maison vont passer en des mains indignes. Ce danger n'était guère à redouter dans la pratique. Ou l'hérédité était onéreuse, et alors elle devait être peu recherchée ; ou elle était avantageuse, et si l'héritier montrait peu d'empressement à faire adition, les agnats ne devaient laisser à personne le temps de les prévenir et de s'emparer avant eux des biens héréditaires. En tout cas, s'il y avait conflit entre plusieurs prétendants, c'était probablement aux pontifes à décider qui devrait conserver la possession des biens héréditaires et, avec elle, le titre d'héritier.

CHAPITRE IX

Le legs.

I. — En droit classique, le legs est une libéralité à cause de mort, faite par testament. C'est en même temps une charge imposée à

(1) L'usucapion *pro herede* peut-elle avoir lieu en présence d'un héritier sien? GAIUS, II, 58, dit qu'elle n'est pas admise lorsqu'il y a un héritier nécessaire. Doit-on en dire autant de l'héritier sien? La question est délicate. Elle dut se présenter bien rarement dans la pratique, tant que les enfants restèrent groupés autour du foyer paternel. Il semble que l'une des raisons qui firent établir cette usucapion ne trouve pas ici d'application. L'héritier sien est, en effet, tenu, en cette seule qualité, envers ceux qui ont acquis un droit sur son père en vertu d'un *nexum*. Il en était probablement de même en cas de *vadis datio*. C'est le préteur qui le premier vint soustraire les enfants aux poursuites des créanciers en leur accordant le bénéfice d'abstention. GAIUS, II, 158. Cf. DUBOIS, *La saisine héréditaire en droit romain* (Nouv. Rev. histor., 1880, p. 135) ; ACCARIAS, I, 613 ; HÖLDER, op. cit., 133.

l'héritier, un prélèvement opéré sur l'actif qui doit lui revenir (*delibatio hereditatis*). Dans l'ancien droit, la notion du legs paraît avoir été bien plus large (1). Le mot legs désigne toute disposition de dernière volonté relative à la fortune individuelle ou à la protection du patrimoine du *de cujus*. Sous ce dernier rapport, le legs comprend non seulement l'acte par lequel un maître de maison nomme un tuteur à ses enfants ou à sa femme *in manu*, mais encore les dispositions tendant à protéger contre toute aliénation, soit les biens patrimoniaux, soit le tombeau de famille (2).

II. — Au temps de Gaius, le legs est essentiellement subordonné à une institution d'héritier : pour être valable, il devait être inscrit dans un testament contenant une institution d'héritier. En était-il de même dans l'ancien droit? Il y a de sérieuses raisons de douter. Nous sommes porté à croire que le legs était indépendant de l'institution d'un héritier (3).

1° La loi des Douze Tables consacre sans réserve le legs qui a pour objet, soit les biens composant la fortune individuelle (*pecunia*), soit la tutelle du patrimoine. Elle valide ces legs directement et pour eux-mêmes, sans faire la moindre allusion à l'institution d'héritier (4).

2° On rencontre, en droit classique, des formules de legs absolument indépendantes de toute institution d'héritier. A une époque où le testament puise sa force, suivant l'expression de Gaius, dans cette institution, il y a là une anomalie. Or ces legs sont précisément ceux que visaient les Douze Tables.

(1) Pour ce mode de disposer à cause de mort, tout est matière à controverse. Il est peu d'institutions sur lesquelles les divergences d'opinion soient plus grandes. On en jugera par un exemple. Tandis que Hölder (*Beiträge*, 73) considère le legs *per damnationem* comme plus ancien que le legs *per vindicationem*, Ferrini (*Teoria generale dei legati e dei fidecommessi*, 1889, p. 20) pense qu'il n'est pas antérieur au commencement du septième siècle. Nous avons essayé de reconstituer par voie de conjecture les traits primitifs de cette institution. Nous nous sommes surtout attaché à donner toute leur valeur aux formules antiques que nous ont conservées les jurisconsultes classiques. Il nous a semblé que, chez un peuple où elles étaient rédigées avec tant de précision, les formules devaient refléter exactement l'état du droit auquel elles se rapportent.

(2) Ulp., XI, 14 : « Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto. » Le texte des Douze Tables ne contenait rien de plus. Cf. Paul, 59 ad Ed., D., L, 16, 53 pr. Quelques auteurs y ajoutent le mot *familia* d'après Cic., De inv., II, 50. Mais c'est là une paraphrase qu'on a pu admettre à une époque où l'on avait cessé de distinguer *familia* et *pecunia*. Cf. Kuntze, II, 141 ; Voigt, I, 77.

(3) En Grèce, le testament ne suppose pas nécessairement une institution d'héritier. On a plusieurs exemples de testaments qui ne contiennent que des legs. Voy. Schulin, op. cit., 29.

(4) La loi dit *legare* et non *testari*. Il est difficile de croire que *legare* ait eu le sens de *testari* au temps des Douze Tables, alors qu'une autre disposition de la loi contient le mot *intestatus*. Cf. Kuntze, II, 141.

a) C'est d'abord l'acte qui a pour objet la nomination d'un tuteur. Les Douze Tables considèrent cette disposition comme un legs. Le père de famille dont les enfants sont impubères tient, avant de mourir, à choisir lui-même leur tuteur, celui qui sera pour eux comme un second père et les protégera jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la puberté. La validité de ce choix est-elle subordonnée à l'institution d'un héritier? La formule usitée pour la nomination d'un tuteur a été conservée par Gaius; elle permet de répondre à la question. Le testateur manifeste sa volonté en ces termes : *Lucium Titium liberis meis tutorem do* (1). C'est bien là une déclaration de volonté qui paraît se suffire à elle-même; elle ne suppose nullement l'existence d'un rapport quelconque avec une institution d'héritier. Cela s'explique : pourquoi forcer le chef de maison à déclarer que ses enfants seront ses héritiers, pour avoir le droit de choisir leur tuteur? Les enfants ne sont-ils pas de plein droit héritiers de leur père? L'obligation pour le père de les instituer héritiers ne serait pas seulement une formalité inutile, elle entraverait l'exercice du droit de nommer un tuteur : le testament contenant une institution d'héritier devait être soumis aux comices calates; comme ces comices n'étaient convoqués que deux fois par an, le chef de famille en danger de mort aurait été dans l'impossibilité de choisir le tuteur de ses enfants.

b) Voici une autre formule de legs qui est indépendante de l'institution d'un héritier : elle s'applique au cas où un mari lègue à sa femme le choix de son tuteur (*tutoris optio*) (2).

c) Le legs *per vindicationem*, qui, d'après Ulpien, remonte aux Douze Tables, fournit un nouvel argument à l'appui de notre hypothèse. Ce legs tire son nom, dit Gaius, de ce que la chose léguée devient, dès l'instant de l'adition d'hérédité, la propriété quiritaire du légataire. Cependant, la formule de ce legs implique une attribution directe de la chose au légataire (3). Rien n'y révèle la nécessité d'une institution d'héritier. Dans une législation comme celle de Rome, où la rédaction des formules a une aussi grande importance, où les moindres circonstances de fait sont minutieusement indiquées, même celles qui ont pour but

(1) Gaius, I, 149. La formule contenait primitivement les mots *do, lego* (Varr. test. ap. Non., 478, 17). La forme *tutor esto* est plus récente. Cf. Ihering, III, 288.

(2) Gaius, I, 150 : « Titiæ uxori meæ tutoris optionem do. » On trouve un exemple de cette *tutoris optio* en 568; mais ici elle fut conférée à une affranchie, à titre de privilège, par un sénatus-consulte. Liv., XXXIX, 19. Cf. Pernice, *Formelle Gesetze im römischen Recht*, 1888, p. 118.

(3) Gaius, II, 193 : Titio hominem Stichum do lego. Nerat., 1 Membran., D., XLVII, 2, 64 : ea quæ legantur, recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt, transeunt. Cf. Ihering, III, 287.

de prévenir un simple doute, la subordination du legs *p. v.* à l'institution d'héritier aurait été exprimée, si elle eût réellement existé à l'époque où les termes de la formule furent arrêtés.

d) Dans plusieurs textes (1), le legs d'option est présenté comme un acte spécial, distinct du testament. C'est là, sans doute, un souvenir de l'époque où le legs *p. v.*, dont le legs d'option n'est qu'une variété, était indépendant de l'institution d'héritier. Papinien cite le legs d'option à côté de la mancipation, de l'acceptilation, etc., comme exemple d'un de ces actes légitimes qui ne comportent ni terme ni condition. Il semble bien en résulter que le legs d'option constituait par lui-même un acte solennel (2).

e) On rencontre souvent sur les monuments funéraires des inscriptions prohibant soit l'aliénation ou même la location des tombeaux de famille, soit la violation des sépultures (3). Nulle part ces dispositions n'apparaissent comme la reproduction d'une clause testamentaire, ni comme subordonnées à une institution d'héritier. Elles diffèrent des legs, tels qu'on les entend en droit classique, à un autre point de vue : elles n'imposent aucune charge personnelle à l'héritier. Elles s'adressent à toute personne qui violera la sépulture ou contreviendra à la volonté du défunt. Cependant, nulle part on ne met en doute la validité de ces dispositions et l'efficacité de la sanction qu'elles établissent. On a conjecturé (4) qu'une loi a dû les sanctionner. Cette loi n'est autre, croyons-nous, que la loi des Douze Tables, qui reconnaît à tout citoyen la faculté de prendre des mesures pour la protection de ses biens après sa mort (*legare super tutela suæ rei*). Toutefois, il est vraisemblable que, dans le principe, ces dispositions ne conféraient aux membres de la famille que le droit de revendiquer le monument contre tout tiers détenteur. La faculté d'édicter une peine pécuniaire n'a dû appartenir à celui qui avait fait édifier le tombeau que depuis l'époque où il fut permis aux testateurs de prendre des dispositions à la manière du législateur.

D'ordinaire, ces dispositions imposaient au contrevenant une

(1) Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 9, 1; Paul, 21 ad Ed., D., L, 16, 28, pr.

(2) Pap., 28 Quæst., D., L, 17, 77. Cf. Cujas, ad h. l., éd. de Venise-Modène, VIII, 663. Voy. sur le legs d'option, Bernstein, *Zur Lehre des* legatum optionis; Ferrini, op. cit., 250.

(3) Bruns, 307; *C. I. L.*, IX, 136; VI, 10219. La *tutela sepulcri* était également assurée par des moyens matériels, tels qu'un mur de clôture (*C. I. L.*, VI, 13823). Des affranchis, logés dans les dépendances du monument, étaient préposés à la garde du tombeau. Orelli, 4366. Cf. Petron., 72; Quintil., VII, 9, 4; *C. I. L.*, VI, 1395. Voy. Marquardt, VII, 369.

(4) Mommsen, II, 67.

amende au profit du trésor public (1), plus tard, peut-être depuis Antonin le Pieux, au profit des pontifes ou des vestales, au profit d'un collège ou d'une cité (2). Le soin d'en poursuivre le recouvrement appartenait probablement à tout citoyen, comme une action populaire (3). Dans une inscription du troisième siècle, où l'amende est au profit des pontifes, la plainte ne peut être déposée que par un membre de la famille du défunt (4).

Pourquoi ces sortes de dispositions sont-elles restées, même à l'époque classique, en dehors de la règle qui subordonne tout acte de dernière volonté à l'institution d'un héritier? Pourquoi sont-elles indépendantes du testament? Vraisemblablement pour des raisons d'intérêt public et religieux. Les Romains avaient un tel respect pour les morts qu'ils ont voulu favoriser les dispositions tendant à protéger les monuments où leurs restes étaient conservés. Faire dépendre l'efficacité de ces dispositions de la confection et du sort d'un testament, c'eût été courir le risque de les voir devenir caduques avec le testament lui-même. Si l'on n'en a pas fait autant pour la nomination d'un tuteur, c'est que la caducité de l'acte ne prive pas l'enfant de toute protection : à défaut d'un tuteur testamentaire, il aura un tuteur légitime.

III. — S'il est vrai que le legs, dans les cas que nous venons d'indiquer, ne soit pas subordonné à l'existence d'une institution d'héritier, en quelle forme avait-il lieu? Il ne faut pas s'étonner que les textes ne fournissent pas de renseignements précis sur cette question, par suite du changement qui s'est opéré de bonne heure dans la confection des legs. On peut cependant conjecturer que le legs consistait, comme son nom paraît l'indiquer, en une manifestation verbale de volonté. Cette déclaration devait se faire, suivant l'usage, en présence de personnes dont le testateur requérait le témoignage. Deux faits viennent à l'appui de cette conjecture.

a) La formule du testament usitée à l'époque classique renferme une clause finale (5) qui s'applique aux actes de dernière

(1) Orelli, 2691, 4076, 4424, 4610; Grut., 827, 2; 603, 4 ; Mur., 992, 6. *C. I. L.*, VI, 9042; XIV, 1153.

(2) *C. I. L.*, III, 2107; *C. I. L.*, XIV, 1644; Bruns, 310.

(3) *C. I. L.*, V, 8304.

(4) *C. I. L.*, VI, 10284; Mommsen, II, p. viii. Pourquoi l'amende qui servait de sanction à ces sortes de dispositions était-elle établie au profit de l'État ou d'une corporation? En choisissant, pour bénéficiaire de la disposition, une corporation, on assurait la perpétuité de la sanction, et en même temps on évitait la nullité des dispositions faites à des personnes incertaines. Si la famille du *de cujus* venait à s'éteindre, la protection du tombeau n'en était pas moins assurée.

(5) *Ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.* Gaius, II, 104.

volonté en général. Il est permis de croire qu'elle reproduit les termes primitivement employés pour faire un legs ou pour nommer un tuteur.

b) Cicéron rapporte un exemple d'une nomination de tuteur faite par une simple déclaration de volonté (1). Cette manière de procéder fut critiquée par Rutilius. D'après lui, on ne pouvait se dispenser de faire un testament pour nommer un tuteur : il n'y avait exception que pour les militaires au moment de marcher au combat. Mais si Galba crut pouvoir nommer ainsi un tuteur, n'est-il pas probable qu'il s'autorisait d'un usage antique qui n'était plus admis de son temps qu'en faveur des militaires? Le passage de Cicéron prouve, en tout cas, qu'à l'époque où vivaient ces personnages, contemporains de Caton, la règle qui obligeait à faire un testament régulier pour nommer un tuteur était déjà en vigueur. A la fin du sixième siècle, toute disposition de dernière volonté devait être faite par un testament *per æs et libram*.

IV. — Pour apprécier toute l'importance de la liberté partielle de léguer consacrée par les Douze Tables, il faut rapprocher du droit grec la règle décemvirale. En Grèce, le chef de famille qui a des enfants ne peut avantager l'un au détriment des autres. A Rome, il peut disposer des biens formant sa fortune individuelle, soit au profit de l'un de ses enfants, soit au profit d'un étranger.

La faculté de léguer ces biens était fort précieuse pour la masse des plébéiens, dont la fortune territoriale était nulle ou médiocre. Cette faculté, jointe à l'usage de l'hérédité domestique et du testament militaire, donnait satisfaction à leurs besoins. C'est ce qui explique comment le testament comitial, qui vraisemblablement était propre aux patriciens, put subsister si longtemps sans soulever les protestations des plébéiens.

Les legs de cette espèce sont toujours restés d'un usage très fréquent. Plusieurs titres du Digeste y sont consacrés (2). Ces legs, conférant un droit sur la chose, avaient nécessairement pour objet des corps certains. Si l'on voulait léguer une quantité, par exemple du vin, des provisions de ménage, il fallait les déterminer d'une façon précise, par exemple en disant : Je lègue mon vin vieux, les provisions qui sont dans ma maison de Rome. On pouvait aussi léguer cent amphores de vin, au choix du légataire. Dans ce cas, l'objet du legs restait indéterminé jusqu'à ce que le légataire se fût prononcé.

V. — La loi des Douze Tables décida que le legs portant sur

(1) Cic., De or., I, 53.
(2) D., XXXIII, 6, 9, 10 ; XXXIV, 2. On y trouve bon nombre de décisions de jurisconsultes des derniers siècles de la République.

la *pecunia* ferait naître un droit : elle autorisa par là même le légataire à se mettre en possession de l'objet légué. En cas de résistance de la part du détenteur, le légataire avait-il un moyen d'obtenir l'objet légué ? En droit classique, le légataire d'un corps certain a l'action en revendication. Mais d'après Gaius, le legs *per vindicationem* n'était possible que pour les choses dont le *de cujus* avait la propriété quiritaire (1). Prise à la lettre, cette assertion conduirait à exclure, pour l'ancien droit, les choses composant la fortune individuelle, telles que le blé, l'huile, le vin, le bétail autre que les bêtes de trait ou de somme. Telle n'est pas la pensée de Gaius, qui cite comme exemple d'objets légués *p. v.* les choses qui se pèsent, se comptent, se mesurent. La règle qu'il rapporte a dû être formulée à une époque où la propriété quiritaire s'appliquait aux *res nec mancipi* aussi bien qu'aux *res mancipi*. Au temps des Douze Tables, alors que le legs avait pour objet des choses pour lesquelles il n'était pas d'usage de recourir à la mancipation, on a pu admettre qu'une acquisition, faite en vertu de la loi, conférerait le droit à la revendication même pour les *res nec mancipi*. Mais c'était là une faveur accordée en considération de la cause de l'acquisition (2). La chose, une fois entrée en la possession du légataire, conservait sa nature propre et continuait à être traitée comme les autres éléments de la fortune individuelle.

VI. — Bien que garanti par une sanction énergique, le legs serait resté souvent inefficace, lorsqu'il avait pour objet des choses susceptibles d'être dissimulées, comme de la monnaie. Rien n'eût été plus facile aux personnes à qui le legs portait préjudice que de cacher l'argent légué et de rendre impossible la revendication. La loi ne paraît pas avoir pris des mesures pour vaincre le mauvais vouloir d'un héritier domestique ou d'un agnat. Mais vis-à-vis d'un héritier testamentaire, il dépendait du testateur d'assurer le droit du légataire en inscrivant dans le projet de testament soumis au peuple une clause qui imposait à l'héritier la charge d'acquitter le legs. Dans ce cas, l'acte changeait de caractère ; ce n'était plus un acte de la volonté individuelle : c'était une disposition impérative, un ordre du législateur (3).

(1) GAIUS, II, 196.
(2) Cf. *suprà*, p. 93.
(3) L'intervention du législateur s'explique aisément : il n'était pas au pouvoir d'un simple citoyen d'imposer une charge à une personne étrangère à sa famille. C'est pour un motif analogue que l'affranchissement à cause de mort a toujours eu lieu par testament et en forme impérative : *Stichus liber esto* (ULP., II, 7). Cf. *suprà*, p. 182. L'affranchissement testamentaire est souvent comparé aux legs : il n'est jamais qualifié legs de liberté.

Le legs était, à cette époque, distinct de la *damnatio* résultant d'un testament. Mais lorsque le testament devint un acte privé, lorsqu'il fut l'œuvre du testateur seul qui fut autorisé à disposer à cause de mort à la manière du législateur (*legis modo*) (1), on n'eut pas de motif pour maintenir cette distinction. On considéra comme un legs la *damnatio* imposée à l'héritier par le testateur (2). Cependant, bien qu'on ait compris sous une dénomination commune des actes d'origine différente, le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* ont gardé, dans leur formule, la trace de l'état antérieur du droit : le legs *per vindicationem* se présente toujours comme un acte de la volonté du chef de la famille ; dans le legs *per damnationem,* au contraire, le testateur s'exprime d'une manière impérative, comme le législateur (3).

CHAPITRE X

Tutelle et curatelle.

Envisagées à l'epoque classique, la tutelle et la curatelle sont deux institutions qui, par des moyens différents, tendent au même but : protéger les intérêts pécuniaires de certains maîtres

(1) Cf. Mommsen, I, 164, n. 3 (194, n. 2).

(2) C'est à ce point de vue qu'il nous paraît exact de considérer le legs *per damnationem* comme postérieur à la transformation du testament par mancipation, bien que, par sa forme, il se rapporte à l'époque où le testament était confirmé par une loi. On conserva au testateur la faculté d'insérer dans son testament les clauses usitées dans le testament comitial (cf. Ihering, III, 287), et pour en motiver l'efficacité, on s'appuya, non pas sur une ratification que le peuple n'était plus appelé à donner, mais sur la règle *uti legassit,* qu'on étendit bien en dehors de sa portée primitive. (Gaius, II, 224.) Cf. Pernice, *Labeo*, I, 475 ; Bechmann, *der Kauf*, I, 298. Certains auteurs pensent au contraire que le legs *per damnationem* était sanctionné à titre de clause de la mancipation du patrimoine, par application de la règle : *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* Mais nous avons établi que cette règle n'avait pas une portée absolue. Il est difficile notamment d'admettre qu'on puisse, par une *lex mancipationi dicta,* faire acquérir un droit à un tiers : *nec legem dicendo quisquam alteri cavere potest.* Q. Mucius (D., L. 17, 73, 4). On a prétendu, il est vrai, que ce principe n'existait pas avant ce jurisconsulte (Bernstein, *Festgabe für Beseler*, 91. Cf. Unger, *Die Verträge zur Gunsten Dritter* dans Iahrb. f. die Dogmatik, X, 22); mais il y a là une assertion que rien ne justifie. Nous verrons plus tard que, même dans la forme, le legs ne se rattache pas à la mancipation : il fait partie de la *nuncupatio* du testament *per æs et libram ;* or, la mancipation et la *nuncupatio* sont deux actes distincts.

(3) Gaius, II, 201 : « Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto. » La définition du legs, rapportée par Ulpien, XXIV, 1, s'applique au legs *per damnationem :* « Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. » Elle ne convient pas à la forme *do lego* du legs *per vindicationem.*

de maison qui, en raison de leur état intellectuel, sont réputés incapables de les défendre. Ces incapables sont des enfants, des femmes, des fous, des prodigues. Les différences qui séparent la tutelle de la curatelle sont dans la forme bien plus que dans le fond; elles sont insuffisantes pour justifier la coexistence de deux institutions distinctes. Il faut remonter à l'ancien droit pour retrouver le point de départ et l'objet particulier de chacune d'elles.

I. — La tutelle s'applique exclusivement aux maîtres de maison dans deux cas : 1° aux impubères de l'un et l'autre sexe, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la puberté; 2° aux femmes nubiles toute leur vie (1).

Le but originaire de la tutelle est très nettement indiqué dans une définition de Servius (2). « La tutelle, dit-il, est une force, et en même temps un pouvoir sur un chef de maison; elle sert à protéger celui qui, en raison de son âge ou de son sexe, n'est pas en état de se défendre (3). »

Pour apprécier la portée de cette définition, il faut la rapprocher de la notion de la propriété aux premiers siècles de Rome. La propriété suppose le droit de se faire justice à soi-même, et ne s'étend qu'aux choses nécessaires aux besoins de la famille. Par là s'expliquent deux particularités de la tutelle : 1° Elle exige la force physique chez celui qui en est investi. Lorsque le propriétaire est un enfant ou une femme, il n'est pas assez fort pour faire valoir son droit. La tutelle a pour but de mettre à la disposition du faible la force physique (*vis*) qui lui manque (4). 2° La tutelle ne protège que les biens patrimoniaux. Cette règle, qui subsiste encore au temps de Gaius (5) pour la tutelle des femmes, s'appliquait vraisemblablement, dans le principe, à la tutelle des impubères. La pensée qui a présidé à la création de la tutelle a été de protéger la propriété appartenant à une personne incapable de se défendre contre les attaques ou contre les usurpations

(1) Gaius, I, 142.

(2) Paul, 38 ad Ed., D., XXVI, 1, 1 pr. : Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas n capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

(3) La définition de Servius, telle qu'elle est au Digeste, ne fait pas allusion à la tutelle des femmes. On s'accorde à reconnaître que le texte original devait contenir les mots *vel sexum*. Les compilateurs du Digeste les ont supprimés, parce que la tutelle des femmes n'existait plus sous Justinien. En reproduisant aux Institutes la même définition, Tribonien et ses collaborateurs ont remplacé *vis* par *jus* : le mot *vis* n'avait plus de sens par suite de la transformation du caractère de la tutelle.

(4) Cf. Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain* (Nouv. Rev. histor., 1889, p. 2).

(5) Gaius, II, 80, 47; I, 192.

provenant du fait d'un tiers. Paul compare le tuteur à un père (1). La comparaison est juste : père signifie protecteur.

A côté de cette idée, il en est une autre que les textes font plus particulièrement ressortir, parce qu'elle a conservé plus longtemps sa valeur : elle concerne le pouvoir du tuteur sur la femme ou sur le pupille (2). L'un et l'autre sont soumis au pouvoir du tuteur, mais à un point de vue tout spécial : quant à l'accomplissement des solennités des actes juridiques et des actions de la loi, et quant à l'aliénation de leurs biens patrimoniaux. Pour les actes de ce genre, la femme et le pupille sont sous la dépendance du tuteur; ils ne peuvent les conclure valablement sans son *auctoritas*. Nous nous contenterons d'indiquer ici cette idée : nous la retrouverons à propos de la tutelle des femmes, qui a mieux conservé que celle du pupille plusieurs des traits qui la caractérisaient à l'époque antique.

II. — La curatelle procède d'une pensée différente. On a voulu protéger la propriété contre le mauvais usage qu'auraient pu en faire certains maîtres de maison : les fous, les prodigues. Il ne s'agit plus ici de prêter un appui matériel au propriétaire : il a la force physique nécessaire pour se défendre; ce qui lui manque, c'est la lucidité ou la fermeté de l'esprit indispensable pour la bonne administration du patrimoine. Il a besoin, non d'un tuteur, mais d'une personne qui prenne soin de sa propriété et l'empêche d'en abuser.

Accessoirement à cette fonction, qui constitue le trait caractéristique de la curatelle en général, le curateur du fou est chargé d'administrer les biens qui composent sa fortune individuelle : les Douze Tables confèrent sur cette catégorie de biens pleins pouvoirs aux agnats et aux gentils. Le curateur exerce ces pouvoirs en leur lieu et place (3).

Cette disposition des Douze Tables a été étendue au tuteur de l'impubère. La situation était la même : l'impubère aussi bien que le fou est hors d'état d'administrer ses biens. Cette extension n'est indiquée d'une manière expresse dans aucun texte, mais elle résulte implicitement de plusieurs fragments où l'on voit : d'une part, le tuteur de l'impubère mis en possession des biens comme le curateur du fou, et les administrant comme lui, avec des pouvoirs analogues à ceux d'un propriétaire (4); d'autre part,

(1) Paul, 71 ad Ed., Vat. fr., 304 : tutores quasi parentes proprii pupillorum.

(2) Cf. J.-E. Labbé, *De la tutelle* (Append. au t. II d'Ortolan), 706.

(3) Cic., De inv., II, 50 : *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.*

(4) *Domini loco*, Jul., 44 Dig., D., XLI, 4, 7, 3; *vice domini*, Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 11, 7.

l'impubère privé de la faculté d'aliéner ses *res nec mancipi* (1).

III. — La loi des Douze Tables ne s'est occupée de la tutelle légitime que pour en imposer la charge aux agnats et aussi, sans doute, aux gentils, à défaut d'agnats (2). Elle a pareillement accordé aux agnats ou aux gentils pleins pouvoirs sur le fou et sur sa fortune individuelle. Enfin, elle a consacré l'usage introduit par la coutume de retirer au prodigue l'administration de ses biens patrimoniaux. Elle n'a pas été plus loin, et, pour les détails d'organisation de la tutelle et de la curatelle, elle a respecté l'autonomie des *gentes*. Elle a, notamment, laissé aux agnats et aux gentils le soin de désigner le tuteur ou le curateur.

Ce ne sera pas nécessairement le plus proche agnat; il n'y a pas une corrélation directe entre la charge de la tutelle et la vocation *ab* intestat à la *familia*. Sans doute, dans la pratique, on choisissait généralement le plus proche agnat (3), mais cet agnat n'était pas directement appelé par la loi à la tutelle, comme il l'était à la succession. Aussi, lorsque le plus proche agnat était ou devenait incapable de remplir la fonction de tuteur, si c'était une femme, un fou, un impubère, il était exclu de la tutelle, bien qu'il conservât son droit à la *familia*. On nommait à sa place un agnat du degré subséquent; à défaut d'agnats, on avait recours aux gentils (4). Justinien dit, il est vrai : Là où est l'émolument de la succession, là est la charge de la tutelle. Mais il faut bien se garder de voir dans cette proposition une règle de droit : Justinien nous avertit lui-même que c'est simplement la constatation d'un fait, de ce qui se passait le plus souvent.

IV. — Les dispositions des Douze Tables qui viennent d'être rappelées ne concernent que les ingénus. La loi ne s'est occupée ni des clients, ni des affranchis. Certes, le patron exerçait une sorte de tutelle sur ses affranchis impubères ou sur les femmes esclaves auxquelles il avait donné la liberté : c'était pour lui un devoir de les protéger en toute circonstance et de les diriger dans la conclusion des actes solennels. Mais entre patron et affranchi il ne pouvait pas plus être question de tutelle qu'entre père et fils.

Lorsque, plus tard, les liens qui unissaient l'affranchi au patron commencèrent à se relâcher, les juristes essayèrent de les fortifier dans une certaine mesure, en présentant le droit du patron sur

(1) Gaius, II, 80.

(2) Gaius, I, 155; Paul, 38 ad Ed., D., XXVI, 4, 6; Cic., P. dom., 13; *C. I. L.*, VI, 1527. Cf. Accarias, I, 338; Voigt, II, 420.

(3) Gaius, I, 164, ne saurait être entendu autrement.

(4) Voigt, II, 420. Contra, Accarias, I, 356, 424. Mais comment la tutelle aurait-elle été gérée, alors que la tutelle dative était inconnue?

ses affranchis comme une tutelle véritable. Remarquant que les décemvirs attribuaient la tutelle aux agnats en même temps que la vocation *ab* intestat, ils purent, sans trop forcer l'interprétation, poser en principe que, dans l'esprit de la loi, il y avait une certaine corrélation entre la vocation à la succession *ab* intestat et la tutelle. Les patrons ayant droit à la succession *ab* intestat, on en conclut qu'ils avaient aussi un droit à la tutelle. C'est ainsi qu'on en vint à considérer le patron comme un tuteur légitime. Cette pseudo-tutelle n'était, en réalité, qu'un des droits du patronat auquel on donna une énergie, une sanction qui lui faisaient défaut : la femme affranchie ne put faire valablement aucun acte sans l'*auctoritas* de son patron. Le patron trouva dès lors dans le droit, grâce à l'interprétation des juristes, une protection que les mœurs étaient impuissantes à lui donner.

La tutelle du patron conserva d'ailleurs son caractère originaire : ce fut toujours un droit du patronat. De là cette conséquence que la tutelle appartenait au patron, même s'il était incapable de l'exercer (1). On ne fit d'exception que pour le cas où les droits du patronat étaient à une femme : on n'a pas cru pouvoir déroger à la règle qui fait de la tutelle un *munus virile*.

V. — En attribuant la tutelle et la curatelle aux agnats ou aux gentils, la loi des Douze Tables n'a fait, sans doute, que consacrer une application du principe de la solidarité familiale. Les membres de la même maison ou de la même *gens* se doivent les uns aux autres aide et protection : la tutelle et la curatelle ne sont autre chose que des applications particulières de ce devoir plus général.

On présente souvent ces deux institutions sous un aspect différent, et l'on dit que, dans le principe, elles ont été créées dans l'intérêt exclusif des tuteurs et des curateurs. Formulée d'une manière aussi absolue, cette opinion ne nous paraît pas exacte, bien qu'elle semble trouver un appui dans Gaius (2). Gaius ne parle ici que de la tutelle du patron. Or, ce qui est vrai de cette tutelle ne l'est pas de la tutelle des ingénus. Il est difficile de soutenir que la tutelle et la curatelle des agnats soient dans l'intérêt du tuteur ou du curateur, alors qu'il peut n'avoir aucun droit aux biens patrimoniaux dont il a la garde ou la défense. Il en est tout autrement de la tutelle du patron, qui, nous venons de le montrer, n'est, à vrai dire, qu'un des attributs du patronat.

(1) Gaius, I, 179, 180.

(2) Gaius, I, 192 : Eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque ære alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat.

Ce que l'on peut admettre, c'est que les tuteurs et curateurs des ingénus ont le devoir de veiller à la conservation des biens dans l'intérêt de la famille agnatique ou de la *gens*. Lorsque, plus tard, cet intérêt a cessé d'être pris en considération, Cicéron a pu dire, d'une manière générale, que la tutelle devait être gérée dans l'intérêt de la personne qui y est soumise, et non dans l'intérêt du tuteur (1).

I

LA CURATELLE.

§ 1er. — *Curatelle des fous.*

Les Romains distinguent le fou et l'insensé. La folie est caractérisée par un état permanent de fureur, de démence ou d'imbécillité : c'est, dit Cicéron, un aveuglement complet de l'esprit (2). Cette définition convient au *mente captus* aussi bien qu'au *furiosus* (3). Elle ne s'applique pas à l'insensé (*insanus*). Cicéron désigne ainsi l'homme qui, sous l'empire de la passion, n'est plus maître de lui-même, ou bien encore celui qui commet des sottises, parce qu'il manque de fermeté, parce que ses facultés ne sont pas parfaitement équilibrées. Cet état, que Cicéron compare à une maladie de l'esprit, n'est pas assez grave pour empêcher l'insensé d'accomplir ses devoirs comme le commun des hommes. Tout au plus pourra-t-on l'interdire comme prodigue (4). Plus tard, on put attaquer son testament comme inofficieux (5).

Lorsqu'un chef de maison est atteint de folie, il y a lieu de prendre des mesures, tant dans l'intérêt de sa personne que pour assurer la conservation de ses biens patrimoniaux et de sa richesse individuelle. Ce soin revient à ses agnats ou, à défaut, à ses gentils (6). La loi des Douze Tables leur confie également le soin de la personne et de la fortune privée du fou. Cette dispo-

(1) Cic., De off., I, 25.
(2) Cic., Tusc., III, 5.
(3) Festus, v° *Mente captus*.
(4) Hor., Sat., II, 3, 220.
(5) Marcien, 4 Inst., D., V, 2, 2. La distinction du *stultus* et de l'*insanus* appartient à la doctrine stoïcienne. Cf. Hor., Sat., II, 3, 160, où Stertinius explique pourquoi l'avare est à la fois *stultus* et *insanus*.
(6) Cic., De inv., II, 50 : *si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*. La loi n'a pas entendu appeler simultanément les agnats et les gentils. Paul, 59 ad Ed., D., L, 16, 53 pr., nous avertit que l'enclitique *que* est ici disjonctive.

sition était nécessaire, parce qu'en principe un chef de maison ne saurait être soumis au pouvoir d'autrui, et que nul ne peut s'immiscer dans l'administration de sa fortune individuelle.

Les agnats et les gentils n'exerçaient pas collectivement le pouvoir qui leur était attribué. Ils conféraient à l'un d'entre eux la garde de la personne et des biens du fou : c'était le curateur. Le curateur devait prendre les dispositions nécessaires, soit pour empêcher le fou de causer un dommage à autrui et l'enchaîner en cas de besoin (1), soit, si c'était possible, pour le faire revenir à la santé (2). Le curateur administrait, sous sa responsabilité, les biens du fou. Il jouissait, quant aux biens composant la fortune privée, des pouvoirs les plus étendus : il avait le droit de les aliéner (3). Il devait compte de sa gestion aux agnats ou aux gentils qui l'avaient nommé, et qui pouvaient, s'il y avait lieu, l'écarter comme suspect. Tout se passait en famille : les magistrats de la cité n'avaient pas qualité pour connaître des difficultés que pouvait faire naître l'exercice de la curatelle (4).

§ 2. — *Curatelle du prodigue.*

I. — La curatelle du prodigue a été introduite par la coutume. Ce n'est point une simple conjecture comme pour la curatelle des fous, c'est un fait confirmé par Ulpien (5). Est considéré comme un prodigue celui qui dissipe follement les biens patrimoniaux (*bona paterna avitaque*) qu'il a recueillis en qualité d'héritier domestique (6).

Cette notion de la prodigalité est singulièrement plus étroite que celle du droit classique et du droit moderne. L'ancien droit ferme les yeux sur les excès du prodigue lorsqu'il dissipe les biens composant sa fortune individuelle, et il ne s'est pas occupé du cas où le prodigue dissiperait les biens qu'il a reçus de son père, en vertu d'un testament (7). Qu'est-ce à dire? C'est que les

(1) Cic., Tusc., II, 21 : Constringatur amicorum propinquorumque custodiis.
(2) Jul., 21 Dig., D., XXVII, 10, 7 pr.
(3) Gaius, II, 64; Cic., Tusc., III, 5 : Eum dominum esse rerum suarum vetant XII Tabulæ.
(4) L'action *de distrahendis rationibus* et la *postulatio suspecti tutoris* ne reçoivent ici aucune application.
(5) Ulp., 1 ad Sab., D., XXVII, 10, 1 pr.
(6) Paul, III, 4 a, 7. Voigt, II, 343, 726, restreint à l'*heredium* la portée de l'interdiction. Cette correction de la formule rapportée par Paul ne nous paraît pas justifiée : les biens patrimoniaux (*familia, bona paterna avitaque*) comprenaient, outre l'*heredium*, les bêtes de trait et de somme et les esclaves. C'est surtout cette catégorie de biens que le prodigue devait être tenté d'aliéner.
(7) Ulp., XII, 3. N'est-ce pas la preuve que le père n'avait pas, dans le principe, de testament à faire lorsqu'il avait un héritier sien?

biens patrimoniaux forment une propriété familiale dont le maître ne peut disposer entre vifs inconsidérément, et qui, à sa mort, appartient aux enfants, indépendamment de tout testament.

II. — La nature des actes qui constituent la prodigalité est caractérisée par les mots *nequitia disperdere*. Le prodigue est celui qui dissipe les biens patrimoniaux contrairement à l'équité. Appliquée à l'administration du patrimoine, l'équité consiste à faire des actes conformes aux intérêts de ce patrimoine, des actes en harmonie avec sa destination, qui est de pourvoir aux besoins de la famille. La *nequitia* consiste à disposer des biens patrimoniaux de manière qu'ils ne soient plus suffisants pour satisfaire à ces besoins (1). En mettant le prodigue en curatelle, on a voulu protéger ses enfants contre le mauvais usage qu'il fait de ses biens patrimoniaux.

L'interdiction du prodigue est subordonnée à la condition qu'il ait des enfants qui vont se trouver dans le besoin (2). S'il n'a pas d'enfants, il est libre d'agir à sa guise : ses agnats ou ses gentils ne peuvent se plaindre. Sans doute, si le prodigue mourait intestat, ses biens patrimoniaux leur revenaient. Mais c'était là, pour eux, une simple espérance que le prodigue pouvait faire évanouir en faisant un testament. Leur situation était bien différente de celle des enfants, dont la présence suffisait, en règle générale, pour rendre impossible le testament.

La garantie accordée aux enfants contre la prodigalité de leur père consiste à le frapper d'interdiction. La loi des Douze Tables, consacrant une coutume antérieure, lui retire l'administration de ses biens patrimoniaux (3).

III. — A qui appartient le droit de prononcer l'interdiction? Paul dit que l'interdiction était prononcée par le préteur, et son témoignage est confirmé par celui de Valère Maxime, qui cite un

(1) Gell., VII, 11 : Nequitiam appellavit luxum vitæ prodigum effusumque. Dans l'ancienne langue latine, le prodigue était appelé *nepos* (petit-fils), parce que, dit Festus (v° *Nepotes*), ceux qui mènent une vie de dissipation n'ont pas plus de souci de l'administration de leur patrimoine que si leur père et leur grand-père vivaient encore.

(2) Cette restriction résulte des termes de la formule d'interdiction qui nous a été conservée par Paul, III, 4 a, 7 : « Quandoque... liberos tuos ad egestatem perducis. » On a prétendu cependant qu'il ne fallait pas en tenir compte, sans quoi, dit-on, pourquoi aurait-on discuté si la curatelle du prodigue peut appartenir à ses enfants qui sont ses plus proches agnats? La question n'aurait fait aucun doute. A cette objection Celsus fournit la réponse : la raison de douter était tirée d'un motif de convenance, *quasi indecorum sit patrem a filio regi*. Ulp., 3 de off. proc., D., XXVI, 5, 12, 1. Au troisième siècle on fit prévaloir la lettre de la loi. Ulp., 1 ad Sab., D., XXVII, 10, 1, 1.

(3) Ulp., eod., 1 pr. : Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est.

décret d'interdiction rendu en 663 par le préteur Q. Pompeius Rufus (1). Les préteurs ont-ils de tout temps exercé ce pouvoir? Ulpien, dans son commentaire sur Sabinus, où il fait l'historique de la curatelle du prodigue, établit une opposition entre l'ancien droit, où l'interdiction avait lieu en vertu d'une coutume consacrée par les Douze Tables, et le droit nouveau, où le curateur est nommé par le magistrat : l'antithèse ne serait pas pleinement justifiée si, dès le principe, le magistrat avait été également chargé de prononcer l'interdiction. D'ailleurs, avant l'institution de la préture, de qui émanait l'interdiction? La règle devait être la même que pour les fous : l'interdiction était prononcée par un décret de la *gens*, ou par l'assemblée des agnats dans les maisons plébéiennes (2). On ne peut songer à faire intervenir ici le roi ou le consul, puisqu'il s'agit d'une mesure d'intérêt purement privé. Lorsque, plus tard, le relâchement des liens qui unissaient les membres des *gentes*, ou même les agnats, rendit moins efficace le contrôle qu'ils exerçaient sur leur conduite respective, l'intervention de l'État eut sa raison d'être : on confia au préteur le droit exclusif de prononcer l'interdiction. Mais à l'époque primitive, les agnats ou les gentils avaient seuls qualité, soit pour décider s'il y avait lieu de retirer au prodigue l'administration de ses biens, soit pour contrôler la gestion du curateur.

On objectera peut-être que le pouvoir attribué aux agnats et aux gentils est exorbitant et dangereux. Il permet de frapper un citoyen d'une incapacité partielle, et l'on choisit pour l'exercer des personnes qui ne seront pas toujours assez désintéressées dans la question pour émettre un jugement impartial. Il semble que l'intervention du magistrat s'impose : ce serait une garantie.

Au point de vue de nos idées modernes, cette objection aurait une grande force : l'état et la capacité des personnes sont consacrés par la loi et ne peuvent être modifiés sans le concours du magistrat. Dans l'ancien droit romain, au contraire, la notion de la capacité juridique n'existait pas. Il ne faut pas s'étonner qu'un décret de la *gens* puisse retirer à un chef de maison l'administration de ses biens, alors que ce pouvoir d'administrer n'a d'autre fondement que les coutumes gentilices. Les agnats eux-mêmes ne sont-ils pas les membres ordinaires du tribunal domestique? A ce titre, ils donnent leur avis sur la punition à infliger à un enfant dont la présence dans la famille est un obstacle au droit que la loi leur confère sur la succession *ab* intestat de son père. Même à l'époque classique, si, par une clause de son testament,

(1) Paul, Sent., loc. cit.; Val. Max., III, 5, 2.
(2) Ihering, I, 196; Gérardin, op. cit., 3.

un père décide que son fils sera mis en curatelle pour cause de prodigalité, le préteur est tenu de se conformer à cette décision (1).

IV. — Lorsqu'un maître de maison a été frappé d'interdiction, la garde de ses biens est confiée à un curateur. La curatelle des prodigues, comme celle du fou, est en dehors de la sphère du droit. L'État reste étranger à la nomination du curateur : c'est à l'assemblée des agnats ou des gentils qu'il appartient de le choisir (2). Si Ulpien ne parle que des agnats, c'est que de son temps le droit gentilice était tombé en désuétude, et qu'il a jugé inutile de rappeler une décision qui n'était plus en vigueur. Les magistrats de la cité n'ont pas à connaître des difficultés auxquelles peut donner lieu la gestion du curateur : tout se passe dans le cercle de la famille (3).

II

LA TUTELLE.

§ 1er. — *Tutelle des femmes pubères.*

1. — L'idée de placer les femmes pubères (*sui juris*) en tutelle perpétuelle se justifiait, aux premiers siècles de Rome, par deux raisons qui, l'une après l'autre, ont perdu leur valeur, par suite des changements survenus dans l'état social et dans la législation. D'abord, la femme n'a pas la force physique dont elle aurait besoin pour défendre sa propriété contre les tiers qui voudraient la lui ravir. Ensuite, la femme n'a pas la fermeté et l'expérience nécessaires pour accomplir, sans courir le risque d'être trompée, les solennités des actes juridiques.

De ces deux propositions, la première est la conséquence de la notion de la propriété, telle que nous l'avons fait connaître : nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons déjà dit. Le second point a besoin d'être démontré. La tutelle n'est pas seulement une force mise à la disposition de la femme que la faiblesse de son sexe rend incapable de se défendre, c'est aussi un pouvoir. Quelle est la nature et l'étendue de ce pouvoir (4) ? Il y a un cer-

(1) Tryph., 13 Disp., D., XXVII, 10, 16, 3.

(2) Ulp., XII, 2.

(3) L'action *de distrahendis rationibus* et la *postulatio suspecti* ne sont pas applicables.

(4) Dans le droit antique des Aryens, il y avait des femmes qui n'étaient pas en tutelle. On trouve encore dans les coutumes de Bordeaux et de Bergerac la distinction entre la femme gardée et la femme non gardée. Cb. Giraud, *Rev. hist.*, XII, 330. Voy. cep. l'annotateur de la coutume de Bordeaux. (*Le livre des coutumes*, éd. Barckhausen, 1890, p. 64.) La même distinction existe dans Manu, VIII, 374, et dans Avesta, Vd. 15, 9. Peut-être est-ce là un vestige de la famille primitive. Kohler, Z. f. vgl. Rw., VI, 321 ; Post, *Studien*, 324.

tain nombre d'actes juridiques que la femme ne peut faire, hors la présence de son tuteur. La validité de ces actes est subordonnée à une déclaration spéciale du tuteur. Son intervention est requise, non plus pour prêter main-forte à la femme, mais pour l'éclairer de ses conseils.

Pour déterminer d'une manière plus précise le rôle du tuteur, voyons les cas où son concours est nécessaire. On peut les ranger sous trois chefs : 1° pour conclure un *civile negotium ;* 2° pour exercer une action de la loi et, plus tard, pour figurer dans un *judicium legitimum ;* 3° pour aliéner une *res mancipi* (1). Ulpien n'explique pas ce qu'on doit entendre par l'expression *civile negotium ;* mais nous connaissons un certain nombre d'actes qui ne figurent pas dans l'énumération d'Ulpien et qui, selon toute vraisemblance, sont compris sous cette dénomination : le testament, l'adition d'hérédité, l'acceptilation (2). Cette conjecture est confirmée par un fragment de Paul qui déclare que, pour les actes exigeant l'accomplissement d'une solennité, on ne peut se passer du tuteur (3). D'ailleurs, Gaius parle, à propos du testament, de *negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia,* c'est-à-dire des solennités requises pour la formation des actes juridiques (4). L'expression *civile negotium* paraît donc désigner, dans ce passage d'Ulpien, un acte solennel exigeant la prononciation de paroles sacramentelles (*civilia verba*). Tel est bien le cas de l'adition et de l'acceptilation. Tel était aussi le cas du *nexum* et de la stipulation. Gaius et Ulpien déclarent expressément que la femme ne peut s'obliger sans le concours de son tuteur (5). Incapable d'exercer une action de la loi sans son tuteur, la femme ne pouvait, sans lui non plus, faire une *in jure cessio* ni un affranchissement par la vindicte. Enfin elle ne pouvait, sans son tuteur, aliéner ses biens patrimoniaux, ni directement par mancipation, ni indirectement en les laissant usucaper, ou en passant elle-même sous la *manus* de son mari ou d'un tiers (6).

Si nous avons tenu à exposer dans leur ensemble les cas où

(1) Ulp., XI, 27; Gaius, II, 80.

(2) Gaius, II, 118, 85; Ulp., XI, 22.

(3) Paul, 9 Resp., D., XXVI, 8, 19 : Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quæ solemnitatem juris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse.

(4) Gaius, II, 105.

(5) Bien que les fiançailles n'aient pas un caractère juridique, c'est peut-être parce qu'elles avaient lieu dans la forme d'une stipulation que le tuteur avait qualité pour promettre la femme en mariage, de l'avis des membres de sa famille. Plut., Tib. Grac., 4; Liv., IV, 9; Plaut., Truc., 456; Curc., 608; Ulp., 36 ad Sab., D., XXIII, 1, 6.

(6) Gaius, II, 47; Cic., P. Flacc., 34 : *In manum convenerat...* usu non potuit. Nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coemtione? omnibus ergo auctoribus.

l'intervention du tuteur est requise, c'est qu'on a trop souvent négligé quelques-uns de ces cas, pour ne tenir compte que de ceux qui concernent l'aliénation des biens patrimoniaux. On en a conclu que la tutelle des femmes a pour objet exclusif, comme la curatelle des prodigues, la protection de ces biens, et qu'elle a été introduite non dans l'intérêt de la femme, mais dans celui des agnats qui doivent un jour recueillir sa succession *ab* intestat. Nous avons déjà montré ce qu'il y avait de trop absolu dans cette manière de voir. Si la tutelle des femmes a été établie dans l'intérêt des agnats, pourquoi la femme est-elle en tutelle, même si elle n'a plus d'agnats? Pourquoi surtout les agnats sont-ils sans droit à la tutelle en présence d'un tuteur testamentaire? Ce sont là autant de problèmes insolubles si l'on pense qu'on a songé, avant tout, à sauvegarder les intérêts des agnats.

Il y a cependant un passage de Gaius qui semble favoriser l'opinion que nous repoussons. L'usucapion des *res mancipi* appartenant à une femme est interdite lorsqu'elle est sous la tutelle de ses agnats, à moins que la chose n'ait été livrée par la femme elle-même avec le concours de son tuteur (1). Mais si la loi interdit l'usucapion lorsque la femme est sous la tutelle de ses agnats, ne serait-ce pas qu'elle se défie de leur zèle à défendre les intérêts de la femme? La loi a voulu qu'elle ne fût pas victime de leur négligence (2). Ce qui prouve qu'ils étaient en général peu empressés à remplir leur devoir, c'est la préférence que la loi accorde au tuteur testamentaire. Elle pense que le testateur saura choisir un citoyen dévoué qui, par égard pour sa mémoire, prendra à cœur les intérêts de la femme. Aussi les agnats ne sont-ils appelés à la

(1) Gaius, II, 47. Le rapprochement que fait Gaius entre cette décision et celle qui est relative à l'usucapion d'une chose volée donne à penser que l'usucapion est interdite même au profit d'un possesseur de bonne foi. Lors au contraire que la femme a un tuteur testamentaire, l'usucapion n'est interdite, suivant le droit commun, que si le possesseur est de mauvaise foi. (Voy. cep. Accarias, I, 427, qui pense qu'en dehors du cas où la femme est soumise à la tutelle de ses agnats, l'usucapion était permise lorsque la tradition avait eu lieu sans le concours du tuteur.) D'où vient que la loi prohibe l'usucapion plus rigoureusement quand la femme est sous la tutelle de ses agnats? C'est, a-t-on dit, qu'elle veut assurer d'une manière efficace l'exercice de leur droit sur les biens patrimoniaux de la femme. Elle est si favorable aux agnats qu'elle ne craint pas de leur sacrifier même un tiers acquéreur de bonne foi! C'est là un résultat vraiment singulier. Comment croire que les décemvirs aient entendu protéger jusqu'à l'injustice des agnats qu'elle permet de dépouiller si aisément? Comment concilier le droit absolu des agnats avec la faculté accordée au testateur de les exclure, si bon lui semble?

(2) Cette négligence est d'autant plus facile à prévoir que le tuteur n'a pas l'administration des biens de la femme. Il en est autrement du tuteur d'un impubère qui a la garde effective des biens et le devoir de les administrer. Voilà pourquoi l'on n'a pas étendu aux *res mancipi* du pupille la prohibition de l'usucapion. Cf. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 1889, I, 125.

tutelle que si le chef de famille de la femme est mort sans conférer à personne le soin de la protéger (1).

Si la tutelle n'a pas pour objet de protéger la vocation des agnats à la succession *ab* intestat de la femme, à quoi sert-elle ? La réponse à cette question résulte de l'examen des cas où l'on exige le concours du tuteur. On a voulu, non pas limiter arbitrairement la capacité de la femme *sui juris*, mais fortifier sa volonté lorsqu'elle prenait part à un de ces actes qui exigeaient, pour leur conclusion, une prudence et une fermeté particulières.

Rien de plus dangereux en effet que les actes solennels de l'ancien droit. Les parties n'ont à compter que sur elles-mêmes : tant pis pour qui se laisse circonvenir, tant pis pour qui omet un mot essentiel pour déjouer la fraude de la partie adverse. La loi ne vient pas à son secours ; elle suppose que ceux qui concluent un acte solennel sont assez avisés pour prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter d'être trompés (2). L'exercice des actions de la loi n'était pas moins périlleux que la conclusion d'un acte solennel : l'erreur la plus légère entraînait la perte du procès (3).

Voilà l'état du droit qu'il ne faut pas perdre de vue, si l'on veut comprendre la tutelle des femmes et la raison donnée pour la justifier par les anciens jurisconsultes. On a craint, dit Gaius, qu'en raison de la légèreté de leur esprit, elles ne fussent déçues par les tiers avec qui elles contractent. On redoute qu'elles n'aient pas assez de fermeté pour ne pas se laisser abuser par des formules captieuses. Il ne suffit plus ici d'avoir les qualités indispensables pour bien administrer un patrimoine ; ces qualités, la femme les a ; aussi le tuteur n'a-t-il jamais été chargé de gérer ses

(1) En rapportant la prohibition de l'usucapion des *res mancipi*, Gaius semble viser le cas où la chose a été livrée par la femme elle-même sans le concours du tuteur. Il nous paraît très douteux que du temps des Douze Tables, la tradition ait été usitée pour les *res mancipi*, et aussi que l'*auctoritas* du tuteur ait pu se rattacher à un acte non solennel. L'application de la tradition aux *res mancipi* date d'une époque où les formes de la mancipation commençaient à paraître gênantes pour les besoins du commerce, de l'époque où le préteur a créé l'action publicienne. Gaius a ajouté à la disposition des Douze Tables, qui supposaient une usucapion accomplie au préjudice de la femme, une restriction introduite à une époque ultérieure. Les décemvirs ont voulu empêcher une usucapion motivée par une négligence imputable à la femme aussi bien qu'au tuteur agnatique.

(2) Lorsque, après l'introduction du testament *per æs et libram*, les femmes ont pu tester, on leur a imposé l'obligation de demander l'*auctoritas* de leur tuteur. Il y avait ici une raison de plus pour exiger le concours du tuteur. Le testateur exerçait les pouvoirs d'un législateur et devait régler avec sagesse le sort de ses biens après son décès. Les Romains ne considéraient pas la liberté de tester comme le pouvoir de disposer arbitrairement de sa fortune. Le testateur devait agir dans un esprit de justice et se montrer digne de la confiance du législateur, dont il était en quelque sorte le délégué.

(3) Gaius, IV, 30.

biens. Lorsqu'on parle de la légèreté de l'esprit des femmes, c'est pour l'opposer à la *gravitas* qui caractérisait les anciens Romains, et que Caton possédait à un si haut degré (1).

Quant aux biens patrimoniaux, il y avait une raison particulière pour exiger l'intervention du tuteur. Ce sont des biens que l'usage commande de conserver dans la famille. Ils ont une affectation particulière; et nous savons que, même à l'époque où le maître de maison a bien d'autres moyens de pourvoir à l'entretien de sa famille, c'était un devoir pour lui de conserver intact le patrimoine de ses ancêtres.

En somme, ce n'est pas seulement un appui matériel que le tuteur doit à la femme, mais un appui moral. Il devient en quelque sorte son directeur pour les actes qui exigent une expérience des affaires, une maturité d'esprit peu communes chez les femmes tant qu'elles occupèrent dans la maison une place secondaire et un peu effacée. Le rôle du tuteur ne consiste pas seulement à donner un avis sur l'opportunité de l'acte que la femme se propose de conclure, mais à la diriger dans l'accomplissement des solennités, dans la prononciation des formules consacrées. Sous ce rapport, le tuteur a un pouvoir analogue à celui du chef de famille de la femme. Aussi désigne-t-on parfois la tutelle des femmes par le mot *manus* (2), et le tuteur par le mot *mans tutor* ou *manustutor* (3).

II. — Le terme qui caractérise le rôle essentiel du tuteur est significatif, c'est le mot *auctoritas*. Le sens primitif de ce mot ne nous paraît pas douteux. A moins de supposer qu'il ait eu une double acception au temps des Douze Tables, il faut admettre qu'il exprime la même idée que dans la disposition relative à la garantie contre l'éviction due par un mancipant.

L'*auctor* est celui qui intervient dans une action en revendication pour défendre au procès au lieu et place du défendeur (4). Lorsqu'un tiers revendiquait contre la femme un de ses biens patrimoniaux, le tuteur prenait fait et cause pour elle, comme un mancipant l'aurait fait pour son acquéreur (5).

Le mot *auctoritas* est également employé pour désigner l'intervention du tuteur à un acte solennel conclu par la femme.

(1) Cic., De off., I, 31; Tusc., I, 1.
(2) Liv., XXXIV, 2: Feminas in manu esse fratrum. Cf. XXXIX, 9.
(3) Plaut., Trucul., 808.
(4) Cic., Acad. prior., II, 25: Auctorem habes eum qui suo periculo causam agat.
(5) Le premier devoir du tuteur, dit Paul (21 ad Ed., D., XXVI, 7, 30), est: *ne indefensum pupillum relinquat*. La formule rapportée par Valerius Probus: *Quandoque in jure te conspicio postulo anne fias auctor,* s'applique sans doute au tuteur aussi bien qu'au mancipant.

L'*auctoritas* résulte ici d'une déclaration spéciale, faite verbalement par le tuteur au moment de la conclusion de l'acte (1). Il est facile de voir que le mot *auctoritas* est détourné ici de son sens originaire, et que, dans cette acception, il correspond à une phase du droit plus avancée.

L'*auctoritas* ne saurait en aucun cas être confondue avec l'autorisation exigée par le droit français. Une autorisation peut se donner d'avance ; l'*auctoritas* se donne au moment même de l'acte. Si elle a lieu avant, elle est nulle ; si après coup, elle ne vaut pas ratification. Ce n'est pas là une décision arbitraire, mais l'application d'une règle générale de l'ancien droit, d'après laquelle les solennités d'un acte juridique doivent s'accomplir sans la moindre interruption (2).

L'obligation imposée au tuteur de prendre la défense de la femme lorsque sa propriété est menacée, ou de la diriger dans l'accomplissement de certains actes juridiques, avait pour sanction la déchéance du tuteur. Il était exclu de la tutelle comme suspect, en vertu d'un décret du magistrat. La procédure à suivre à cet effet est caractérisée par le mot *postulare*. Elle consiste, comme toute *postulatio*, en une requête adressée au magistrat, bien moins pour placer un droit sous sa protection que pour lui demander de prendre des mesures destinées à écarter un dommage imminent. L'intervention du magistrat présente ici le caractère d'un acte de police judiciaire : au lieu de renvoyer l'affaire devant un juge, il statue lui-même, après enquête, par un décret (3).

Nous ignorons qui avait qualité pour présenter la requête : nous savons seulement qu'on n'avait pas à attendre la fin de la tutelle (4). Le tuteur, écarté comme suspect, n'encourait aucune peine pécuniaire ou corporelle, mais seulement l'infamie (5).

III. — Le choix du tuteur appartient en première ligne au chef de famille de la femme. Tandis que la loi des Douze Tables laisse

(1) La nécessité de cette déclaration est prouvée par ce fait que les muets sont incapables d'être tuteurs. PAUL, 38 ad Ed., D., XXVI, 1, 1, 2. La présence du tuteur à l'acte est attestée par GAIUS, 12 ad Ed. prov., D., XXVI, 8, 9, 5; et par INST., I, 21, 2.

(2) L'*auctoritas* suppose-t-elle, comme la stipulation, une demande et une réponse concordantes? Cela semble résulter d'un passage de PAUL, 8 ad Sab., D., XXVI, 8, 3 : « Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas. » Cependant on peut affirmer que cette forme n'était pas générale : il y a certains cas, tels que la *cretio*, où elle n'avait certainement pas d'application. Régulièrement l'*auctoritas* devait consister en une déclaration unilatérale; il est en effet difficile d'admettre que l'ancien droit ait établi deux formes distinctes pour un même acte. L'usage mentionné par Paul s'est introduit peut-être pour les actes bilatéraux.

(3) PAP., 12 Quæst., D., XXVI, 10, 10. Cf VOIGT, I, 580.

(4) PAP., 5 Resp., D., XXVI, 10, 11; ANTONIN., *C. J.*, V, 43, 1.

(5) *C. II. L.*, I, 206, lin. 111.

aux agnats et aux gentils le soin de pourvoir à la curatelle, elle autorise le père de famille à prendre les mesures nécessaires pour assurer la tutelle de ses biens patrimoniaux. C'est par acte de dernière volonté qu'il a le droit de nommer un tuteur. Les décemvirs ont pensé que le chef de famille était le plus intéressé à bien choisir la personne la plus apte à exercer la tutelle. S'il n'use pas de son droit, la tutelle revient aux agnats ou aux gentils (1).

Il y a donc deux sortes de tutelle : la tutelle testamentaire et la tutelle légitime, tandis qu'il n'y a qu'une seule curatelle, la curatelle légitime. La folie et la prodigalité sont des faits relativement rares et qui peuvent se produire après le décès du père de famille. On n'a pas jugé qu'il y eût, dans le cas inverse, un intérêt suffisant pour motiver une curatelle testamentaire (2).

IV. — La tutelle des femmes pubères est perpétuelle ; elle ne peut s'éteindre que du chef du tuteur. Lorsque le tuteur meurt ou devient incapable, lorsqu'il est écarté comme suspect, il est remplacé par les soins de l'assemblée des agnats ou des gentils. Sinon il conserve indéfiniment ses fonctions.

§ 2. — *Tutelle des impubères.*

I. — Au point de vue du droit, il y a trois périodes à distinguer dans la vie du citoyen *sui juris :* dans la première, celle de l'enfance, il est incapable et irresponsable ; dans la seconde, qui s'étend depuis le moment où il cesse d'être *infans* jusqu'à l'âge de la puberté, il a un commencement de capacité qui doit être complété par l'*auctoritas* d'un tuteur ; enfin dans la troisième, qui commence avec la puberté, il est pleinement capable.

L'*infantia* désigne la période de la vie pendant laquelle l'enfant ne peut *fari*. Dans l'ancienne langue latine, on distinguait *fari* de *fabulari,* qui signifiait balbutier (3), et de *loqui,* qui veut dire parler avec intelligence. *Fari* signifie parler correctement (4) ; il n'est

(1) Cf. Gérardin, *op. cit.,* 2.

(2) Le droit du tuteur testamentaire était vraisemblablement sanctionné par l'action en revendication, comme le droit du légataire *per vindicationem.* Cette revendication avait-elle pour objet le droit à la tutelle ou les biens que le tuteur était chargé de défendre ? En l'absence de texte précis, nous inclinons vers cette dernière opinion, plus conforme au caractère primitif de la revendication et à sa dénomination. Le tuteur réclamait *rem tuendam,* par exemple en ces termes : « Hunc ego hominem ex jure Quiritium in mea tutela esse aio. »

(3) Varr., Cat., ap. Non., 532, v° *Fabulinum.*

(4) Varr., L. l., VI, 7, 52 : Fatur is qui primum homo significabilem ore mittit vocem. Ab eo, antequam ita faciant, pueri dicuntur infantes. Pap., Vocab. : Infans homo primæ ætatis dictus quod adhuc fari nesciat, nondum enim bene ordinatis dentibus non exprimit sermonem.

pas nécessaire que ce soit avec pleine intelligence (1). De bonne heure, et sous l'influence des doctrines de Pythagore, on fixa à sept ans l'âge auquel les enfants sont en état de parler correctement (2). Dès que l'enfant est sorti de l'*infantia*, il devient capable de prendre part à un acte juridique. Mais comme il manque de discernement, comme il n'est pas en état de mesurer la portée de son acte, il doit obtenir l'*auctoritas* de son tuteur. L'ancien droit ne fait pas d'exception, comme le droit classique, pour les actes qui rendent meilleure la condition du pupille ; il envisage les actes en eux-mêmes sans se préoccuper de leurs effets (3).

La capacité de l'enfant n'est donc pas entière à partir de sept ans : elle a besoin d'être complétée par l'intervention du tuteur. Il y a même certains actes pour lesquels il demeure incapable : il ne peut se marier, ni tester, ni être témoin, porte-balance ou *antestatus ;* il ne peut pas davantage être tuteur. Il ne peut tester ni dans les comices, où il n'a pas accès, ni *in procinctu*, car il ne fait pas partie de l'armée, ni par mancipation, parce qu'il n'a pas une pleine intelligence de ce qu'il fait (4).

Il ne peut être témoin, notamment dans une mancipation : le témoin accepte une mission de confiance, promet un appui moral au cas où une contestation s'élèverait plus tard sur l'existence de l'acte auquel il a assisté. L'enfant ne peut se rendre compte de la portée de l'acte qu'on lui demande. Peut-être aussi y a-t-il là un vestige du droit primitif : au temps où régnait le système de la justice privée, les témoins devaient prêter aide et assistance à celui qui avait requis leur témoignage. C'est pour cela que les femmes étaient incapables d'être témoins (5).

L'incapacité de se marier et celle d'être tuteur n'ont pas besoin de justification particulière. Il faut remarquer toutefois que l'incapacité de tutelle n'existe que sur les ingénus : la tutelle d'un affranchi peut appartenir à un enfant, parce qu'elle est considérée comme faisant partie des droits de patronat ; l'idée de protection est ici tout à fait secondaire.

L'enfant majeur de sept ans n'étant pas considéré comme ayant pleine conscience de ses actes, il n'est responsable de ses

(1) Gaius, 27 ad Ed., D., XLVI, 6, 6 : Pupillus... si... fari potest, etiamsi ejus ætatis erit ut non intelligat quid agat. Cf. Gaius, III, 109 ; Paul, 2 ad Sab., D., XXIX, 2, 9 ; L. 17, 5. Plus tard le mot *fari* étant tombé en désuétude, le mot *loqui* a été pris dans les deux sens : il signifie également parler correctement et parler avec intelligence. Quintil., I, 1, 18 : Ex quo (septimo anno) loqui poterunt.

(2) Varr., ap. Serv., in Æn., V, 295 ; Plin., H. n., XI, 37, 174 ; Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 7, 1, 2. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 214 ; Voigt, *J. N.*, III, 202.

(3) Cf. Voigt, *J. N.*, IV, 127 ; *XII Taf.*, II, 408.

(4) Ulp., XX, 12.

(5) Cf. Ihering, I, 146.

délits que dans le cas où la loi n'en subordonne pas la répression à un acte volontaire du délinquant. Lorsqu'elle punit le fait matériel sans s'inquiéter de la volonté de nuire, l'enfant pouvait être poursuivi lorsqu'il avait plus de sept ans (1).

Quel est donc le moment où le citoyen romain *sui juris* devient pleinement capable ? Dans les législations modernes, il y a en général un âge fixé pour la majorité civile et pour la majorité politique : en France, c'est l'âge de vingt et un ans. Jusque-là la capacité des mineurs n'est pas entière, à cause de la faiblesse présumée de leur raison et de leur volonté : on les considère comme n'étant pas en état de défendre efficacement leurs intérêts. La fixation d'un âge uniforme pour la majorité des citoyens a des avantages incontestables, bien qu'elle soit arbitraire et qu'elle repose sur une présomption qui, dans certains cas, peut se trouver inexacte.

L'ancien droit romain s'est placé à un point de vue tout différent ; il a fait coïncider l'acquisition de la pleine capacité juridique avec l'acquisition des qualités physiques qui font de l'enfant un homme : c'est le moment de la puberté.

La puberté marque une phase du développement physique du corps humain : c'est l'époque où l'homme acquiert l'aptitude d'engendrer, la femme l'aptitude de concevoir (2). Il y a donc un intérêt considérable soit en droit privé, soit en droit public, à reconnaître l'homme pubère de celui qui ne l'est pas. Comment faire la distinction ? On s'en remet au chef de famille. Lorsqu'il s'est assuré que son fils est pubère ou sa fille nubile, il procède à une cérémonie qui paraît avoir eu un caractère religieux (3).

L'âge de la puberté variait suivant les individus ; mais, en moyenne, c'était vers l'âge de dix-sept ans que l'homme était autorisé à revêtir la toge virile (4). C'était donc également à cet âge qu'il acquérait les droits politiques, et que sa capacité juridique devenait entière lorsqu'il était *sui juris*. La majorité civile coïncidait alors avec la majorité politique. Vers la fin de la République, certains jurisconsultes proposèrent de fixer uniformément

(1) Voy. *infra*, p. 351. C'est seulement au second siècle de notre ère que, sous l'influence de Julien, on a considéré le *pubertati proximus* comme *doli capax*. Jul., 22 Dig., ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 26 ; 41 ad Sab., D., XLVII, 2, 23.

(2) Pour distinguer ces deux aptitudes, on dit également que la femme devient nubile (*viripotens*).

(3) Properce, V, 1, 31. Il consacre au lare domestique la bulle d'or que l'enfant portait au cou. Puis le jeune homme échange la toge prétexte contre la toge virile, la jeune fille revêt une tunique longue (*Instita*). Cette cérémonie avait lieu d'ordinaire le jour de la fête des *Liberalia*, le 17 mars. Le chef de maison ou le tuteur, accompagné de parents et d'amis, conduisait ensuite son fils au forum pour le faire inscrire sur la liste des citoyens. Appien, B. c., IV, 30 ; Denys, IV, 15.

(4) Gell., X, 28

l'âge de la majorité civile : à quatorze ans pour les hommes, à douze ans pour les femmes (1). Cette règle, qui apparaît déjà dans la loi de la colonie Genetiva Julia, était encore l'objet d'une controverse entre Sabiniens et Proculiens (2). L'ancien usage continua à subsister pour la majorité politique.

II. — Les deux raisons qui justifient la création de la tutelle des femmes se représentent, et avec plus de force encore, pour la tutelle des impubères. L'enfant est incapable physiquement de défendre sa propriété, il est incapable moralement de conclure seul un acte juridique : il ne peut pas se passer d'un tuteur. Son incapacité est telle que, dans certains cas, la présence du tuteur ne lui sera d'aucun secours. Lorsqu'il s'agit de conclure un acte juridique, le tuteur peut bien fortifier, diriger la volonté du pupille, il ne peut pas y suppléer. Si donc le pupille est, en raison de son jeune âge, hors d'état d'avoir une volonté, l'acte pour lequel sa présence est nécessaire ne pourra avoir lieu. Le tuteur agira en son lieu et place, si c'est possible, par exemple pour exercer une action de la loi (3), ou bien il fera faire l'acte par un esclave du pupille.

La tutelle de l'impubère est donc, comme celle de la femme pubère, une force et un pouvoir. Mais ce pouvoir paraît plus étendu que celui du tuteur d'une femme. Le tuteur de l'impubère doit surveiller sa conduite (4); il doit pourvoir à son éducation et à son entretien. En un mot, son pouvoir ressemble à celui d'un père de famille. Cependant le pupille ne réside pas d'ordinaire chez son tuteur; on se conforme à cet égard à la volonté du père, s'il l'a exprimée dans son testament; sinon l'enfant reste avec sa mère. S'il n'a plus de mère, il est confié aux soins d'un proche parent (5), qui peut être le tuteur lui-même si c'est un agnat.

III. — Si, au point de vue du droit, le rôle du tuteur se borne à défendre la propriété du pupille ou à le diriger dans la conclusion des actes solennels, la coutume est plus exigeante : elle lui impose le devoir d'administrer ses biens surtout lorsque le pupille est

(1) Sous ce dernier rapport ils se bornèrent à confirmer un usage très ancien d'après lequel les femmes pouvaient se marier à partir de douze ans. Plut., Num., 4; Dio. Cass., LIV, 16.

(2) Gaius, I, 196; Ulp., XI, 28. Cf. Giraud, *Les bronzes d'Osuna*, 1874, p. 21; Voigt, I, 317. Marquardt, VII, 129, cite une série d'exemples qui prouvent que les dates extrêmes, pour les membres de la famille impériale, varient entre 13 et 16 ans; pour d'autres personnages dont l'histoire a gardé le souvenir, entre 14 et 18 ans.

(3) Inst., IV, 10 pr.

(4) Paul, 38 ad Ed., D., XXVI, 7, 12, 3.

(5) Q. Muc., ap. Pomp., 8 ad Q. Muc., D., XXXIII, 1, 7; Denys, VIII, 51; Liv., XXXIX, 9; Pline, Ep., VIII, 14.

encore enfant. Ce devoir n'a été transformé que très tard en une obligation légale.

Justinien dit que ni la loi Atilia, ni les lois Julia Titia n'avaient de dispositions pour forcer le tuteur à administrer (1). C'est seulement au cours du premier siècle de notre ère, après la création de l'action *tutelæ contraria*, que l'administration des biens du pupille devint obligatoire pour le tuteur. Jusque-là ce fut un simple devoir. Ce devoir occupait d'ailleurs un rang élevé dans la hiérarchie des *officia* : il vient immédiatement après celui dont les parents sont tenus envers leurs enfants.

Quelle était l'étendue des pouvoirs du tuteur considéré comme administrateur ? Plusieurs textes disent qu'il est *domini loco* (2). Cette façon de caractériser la situation du tuteur ne saurait, au moins pour l'ancien droit, avoir une portée générale (3) : elle ne

(1) Inst., I, 20, 3.

(2) Jul., 22 Dig., D., XLVII, 2, 56, 4; Ulp., 70, 71 ad Ed., D., L., 17, 157 pr. ; XLIII, 24, 11, 7; Paul, 7 ad Plaut., D., XXVI, 7, 27. L'expression *alterius loco* est un des procédés employés par les juristes pour étendre le droit. Tantôt ils introduisent une fiction par laquelle ils supposent à une personne, un pérégrin par exemple, la qualité de citoyen qu'elle n'a pas (Gaius, IV, 37. Cf. 34, 35), tantôt ils établissent une assimilation, par exemple entre l'adoption et le mariage; tantôt ils déclarent qu'une personne est *alterius loco*. Ce dernier mode est un des plus usités. La femme *in manu* est *filiæ loco* (Gaius, II, 159); le fils de famille *in mancipio* est *servi loco* (Gaius, I, 138); le fidéicommissaire est, d'après le sénatus-consulte Trébellien, *heredis loco*, auparavant il était *emptoris loco* (Gaius, II, 252); le *bonorum possessor* est *heredis loco* (Gaius, III, 32), ainsi que le *familiæ emptor* (Gaius, II, 103); les fils du père émancipateur sont *tutoris fiduciarii loco* (Gaius, I, 175); celui qui affranchit un enfant émancipé *vicem legitimi tutoris sustinet* (Ulp., 38 ad Sab., D., XXVI, 4, 3, 10).

(3) Voy. cep. Gérardin, *op. cit.*, 7 et 8, qui pense que les tuteurs agnatiques devenaient propriétaires des biens des incapables « par une espèce de *continuatio dominii* », les tuteurs testamentaires en vertu d'une espèce de fidéicommis qui était impliqué dans leur nomination comme tuteurs. Cette attribution de propriété aurait été avantageuse aux tuteurs qui profitaient, au moins en partie, des revenus des biens, avantageuse aux pupilles, parce que, si le tuteur n'avait eu la propriété des biens du pupille, il n'aurait probablement pas pu exercer une action en revendication à l'occasion de ces biens, ni y défendre. Le caractère lucratif du droit du tuteur expliquerait la faculté reconnue au tuteur de céder son droit *in jure*. Appliquée aux biens patrimoniaux, cette conjecture soulève bien des difficultés : on ne voit pas clairement comment la propriété passe au tuteur et revient au pupille. Si nous comprenons bien la pensée de l'auteur, le tuteur acquiert les biens de plein droit, mais le pupille n'en recouvre la propriété, à la fin de la tutelle, que si le tuteur la lui retransfère (p. 13). Contre le tuteur infidèle, le pupille n'aurait que la ressource de l'action *rationibus distrahendis* (p. 15). Le pupille est-il donc réduit à se contenter d'une indemnité pécuniaire, et privé du droit de revendiquer la maison de ses ancêtres ? Comment croire aussi que le tuteur puisse profiter, même en partie, des revenus des biens patrimoniaux, alors que ces revenus sont spécialement affectés aux besoins de la famille ? Si le tuteur a droit aux revenus des biens, et si telle est la cause qui justifie son droit de faire *in jure cessio* de la tutelle, pourquoi cette faculté de céder les biens *in jure* est-elle refusée au tuteur testamentaire ? Ces difficultés disparaissent si l'on admet avec nous la distinction de la propriété familiale et de la fortune individuelle, et si l'on restreint aux biens composant la *pecunia* le pouvoir étendu accordé

s'applique pas, à notre avis, aux biens patrimoniaux du pupille. Nulle part il n'est dit qu'on transfère au tuteur la propriété de ces biens à charge de la retransférer à la fin de la tutelle. Ce déplacement de propriété est d'ailleurs inadmissible sous le régime de la propriété familiale. En présentant le tuteur comme *domini loco,* on se réfère exclusivement à la fortune privée du pupille qui ne forme pas une véritable propriété. C'est dans le même sens qu'on présente le curateur du fou comme étant, lui aussi, *domini loco* (1). Il est d'autant plus légitime de donner à cette locution le même sens dans les deux cas, que les textes rapprochent constamment le tuteur de l'impubère et le curateur du fou quant à leur pouvoir d'administration. L'usage avait fait attribuer au tuteur un pouvoir sur la fortune privée du pupille analogue à celui que les Douze Tables reconnaissaient au curateur du fou (2).

Restreint aux biens composant la *pecunia,* le pouvoir du tuteur s'explique aisément. Pour être autorisé à disposer de ces biens, il suffit de les posséder en vertu d'une cause légitime. Le tuteur de l'impubère, comme le curateur du fou, avait le devoir de se mettre en possession de ces biens pour les administrer au mieux des intérêts du pupille, et de les rendre à la fin de la tutelle; on s'en rapportait à cet égard à sa loyauté (3).

Le tuteur était, quant à ces biens, dans la même situation que le maître lui-même. En cas de soustraction, il pouvait exercer contre le voleur l'action *furti* ou transiger en vertu des Douze Tables (4). Si la chose volée rentrait en sa possession, le vice qui l'infectait et faisait obstacle à l'usucapion était purgé.

Il est très remarquable que les textes signalent ce droit du tuteur et du curateur à exercer les actions de vol, alors que l'un et l'autre peuvent agir *pro tutela* (5). Le soin que prennent les jurisconsultes de justifier la faculté pour le tuteur d'exercer l'action

aux tuteurs. M. Gérardin n'est peut-être pas très éloigné de cette manière de voir, car il apporte à son opinion un tempérament qui mérite d'être remarqué (p. 9) : « Cette attribution de propriété aux tuteurs et aux curateurs n'était peut-être pas, au moins pour certains biens, aussi dangereuse pour les incapables qu'elle pourrait le paraître... La *potestas* des tuteurs et curateurs n'aurait consisté que dans la faculté d'aliéner librement certains biens, peut-être les *res nec mancipi :* les *res mancipi* seraient demeurées, en tant que *res pretiosiores,* inaliénables ou tout au moins d'une aliénation difficile. »

(1) Jul. et Ulp., *loc. cit.*

(2) Si l'on ne dit pas que le tuteur eut, comme le curateur, un pouvoir sur la fortune privée du pupille, du moins peut-on l'induire d'un passage où Gaius, II, 80, dit que le pupille ne peut aliéner ses *res nec mancipi.* Ne serait-ce pas parce qu'il n'en a plus la possession ?

(3) Gell., V, 19 : *Fidei tutoris* ou *curatoris commissa.*

(4) Jul., *loc. cit.*

(5) Inst., IV, 10 pr.

de vol par ce fait qu'il est *domini loco,* prouve qu'il n'y a pas ici l'application d'une règle générale. Sans doute les tuteurs agissaient *pro tutela* pour revendiquer les biens patrimoniaux du pupille : ici, en effet, ils devaient affirmer que ces biens étaient confiés à leur défense. Rien de pareil n'était nécessaire pour les biens qu'ils possédaient *domini loco.*

La distinction que nous venons d'établir entre les biens patrimoniaux du pupille et sa fortune privée, quant aux pouvoirs du tuteur, est confirmée par l'existence de l'action *de distrahendis rationibus.*

IV. — Le tuteur d'un impubère a une responsabilité plus étendue que le tuteur d'une femme pubère. C'est la conséquence de la double mission qui lui incombe : il est tenu de se porter *auctor* lorsque l'intérêt du pupille le commande; il doit aussi veiller à l'administration de ses biens. S'il manque au premier de ces devoirs, il pourra, ainsi que le tuteur d'une femme, être écarté comme suspect. S'il commet une infidélité dans son administration, il sera passible de l'action *rationibus distrahendis.*

S'il fallait s'en rapporter à sa dénomination, cette action imposerait au juge le devoir d'apprécier les comptes de tutelle : ce serait là une mission compliquée et peu conforme à la simplicité des questions soumises au juge dans la procédure antique. De plus, cela supposerait que la gestion du tuteur faisait naître entre le pupille et lui un rapport quasi contractuel, ce qui n'est devenu vrai qu'au premier siècle de notre ère. Un fragment de Paul attribue au juge de cette action un rôle bien mieux délimité et exempt d'une indétermination qui répugne à l'ancien droit : le juge doit vérifier si le tuteur n'a pas détourné une chose ou une valeur déterminée au préjudice du pupille (1).

La dénomination donnée à cette action n'en fait donc pas ressortir exactement l'objet primitif; aussi est-il permis de douter qu'elle remonte au temps des décemvirs. On remarquera d'ailleurs que les textes qui nous la font connaître ne sont pas antérieurs au deuxième siècle de notre ère (2). Cicéron, qui plusieurs fois fait allusion à notre action, ne l'appelle jamais *rationibus distrahendis,* mais *judicium tutelæ* (3).

(1) PAUL, 8 ad Sab., D., XXVII, 3, 2 pr. : « Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur nisi qui in tutela gerenda ex bonis pupilli abstulerit. » Que la réclamation ait dû porter sur un objet déterminé, cela résulte d'un passage de Cicéron où l'on voit que le demandeur pouvait perdre son procès pour *plus petitio*. (CIC., De or., I, 36.) Mais alors pourquoi cette action spéciale au lieu de la revendication? C'est qu'il s'agissait de recouvrer des biens qui ne formaient pas l'objet d'une propriété véritable.

(2) LENEL, *E. P.*, 256, en fait la remarque. JUL., 21 Dig., D., XXVII, 4, 2.

(3) A l'époque classique, l'action *tutelæ* et l'action *rationibus distrahendis* forment

Bien que l'action *rationibus distrahendis* puisse être considérée comme une variété de l'action *furti*, elle ne fait pas double emploi avec elle : l'action *furti* serait donnée contre le tuteur s'il venait à s'approprier une chose appartenant à son pupille, mais qu'il n'avait aucun titre pour posséder en raison de sa gestion. L'action *rationibus distrahendis* suppose, au contraire, qu'il détourne un objet qui se trouve entre ses mains en raison de la gestion (1).

Indépendamment de la peine du double, le tuteur condamné encourait l'infamie (2).

La *postulatio suspecti* ni l'action *rationibus distrahendis* ne s'appliquent au tuteur d'un affranchi. Mais une disposition des Douze Tables déclare *sacer* le patron qui cause un préjudice à son client (3).

En résumé, la conduite du tuteur est soumise, à un double point de vue, au contrôle des magistrats de la cité : d'une part, le tuteur infidèle peut être écarté comme suspect; d'autre part, celui qui commet un détournement au préjudice du pupille peut être condamné au double. Pourquoi cette intervention de l'État en matière

deux actions distinctes. En était-il de même au temps des Douze Tables? On l'a prétendu. Après la fin de la tutelle on aurait eu le choix entre ces deux actions : l'une tendant à faire rendre au tuteur ses comptes et à obtenir la restitution des valeurs restées entre ses mains, puis, accessoirement, à indemniser le pupille du tort que le tuteur peut lui avoir causé par son dol; l'autre servant à faire payer au tuteur le double des objets qu'il a détournés, sans préjudice du droit de les revendiquer s'ils existent encore en nature. Dans les deux cas, le juge aurait dû examiner la gestion entière du tuteur. Sur quoi repose cette hypothèse de l'existence des deux actions au temps des Douze Tables? Sur un passage de Cicéron où il est dit que le dol était réprimé par les lois, notamment par les Douze Tables, en cas de tutelle. Ce n'est pas, dit-on, l'action *rationibus distrahendis* que vise ce texte, car cette action est analogue non pas à l'action de dol, mais à l'action *furti*. Cette raison n'est pas décisive, puisque Cicéron qualifie ailleurs *judicium tutelæ* une action qui, de l'aveu de tous, est l'action *rationibus distrahendis*. Donc rien ne prouve la coexistence de ces deux actions. D'autre part, il serait difficile de croire qu'on ait soumis au juge, dès cette époque, une question aussi complexe que celle qui porte sur la gestion entière du tuteur. Cela serait tout à fait contraire à ce que nous savons de l'ancien droit. Il nous paraît plus sûr de nous en tenir au témoignage de Cicéron et de dire que l'action donnée en vertu des Douze Tables contre le tuteur infidèle portait primitivement le nom d'action *tutelæ*. Plus tard, lorsque la tutelle devint un rapport obligatoire et l'action de tutelle une action quasi contractuelle, on conserva sous une dénomination particulière l'action au double qui remontait au temps des décemvirs. Il s'est passé ici un phénomène analogue à celui qui s'est produit pour le dépôt : de même que le tuteur, le dépositaire infidèle encourait la peine du double d'après les Douze Tables; plus tard, le dépôt étant devenu un contrat et l'action *depositi* une action *rei persecutoria*, l'action pénale qui dérivait des Douze Tables fut réservée au cas de dépôt misérable. Nous verrons, dans la suite, que l'action de tutelle, comme bien d'autres actions de bonne foi, fut précédée par un *arbitrium tutelæ*.

(1) TRYPH., 14 Disp., D., XXVI, 7, 55, 1 : Tutores... non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere.

(2) CICÉRON appelle cette action *turpe judicium*.

(3) Voy. *supra*, p. 169.

de tutelle, alors qu'on ne l'a pas jugée nécessaire dans la curatelle? La raison de cette différence tient, selon nous, à deux causes :

1° Les Douze Tables ont consacré un genre de tutelle qui n'a pas son analogue dans la curatelle. A côté de la tutelle légitime, il y a la tutelle testamentaire, tandis qu'il n'y a pas de curatelle testamentaire. Si les tuteurs et curateurs légitimes sont placés sous la surveillance des gentils ou des agnats qui les ont choisis, il ne pouvait en être de même du tuteur testamentaire. Appelé à cette fonction par la volonté du testateur, il ne pouvait guère être soumis pour sa gestion au contrôle des agnats ou des gentils, qui étaient restés étrangers à sa nomination. La *postulatio suspecti* paraît en effet avoir été permise d'abord contre le tuteur testamentaire, puis étendue aux autres sortes de tutelle (1).

2° La tutelle légitime des impubères était d'une application plus fréquente que la curatelle légitime; le nombre des impubères en tutelle était, selon toute apparence, plus grand que celui des fous ou des prodigues. Par suite, les contestations relatives à la gestion des tuteurs étaient de nature à se produire assez souvent et pouvaient devenir une cause de trouble pour l'ordre social. On dut prendre des mesures spéciales pour les réprimer.

V. — Comme la tutelle des femmes, la tutelle des impubères est déférée conformément à la volonté exprimée par le chef de famille, et à défaut elle est attribuée par la loi aux agnats ou aux gentils.

VI. — La tutelle des impubères prend fin lorsque le pupille atteint l'âge de la puberté, lorsqu'il meurt ou qu'il perd la liberté ou la cité.

Si le tuteur vient à mourir, à perdre la liberté ou la cité, s'il est écarté comme suspect, il est immédiatement remplacé par les soins des agnats ou des gentils. Il en est de même lorsqu'un tuteur légitime subit une *capitis deminutio minima* (2); il perd en effet la qualité d'agnat ou de gentil qui motivait sa vocation à la tutelle. Rien de pareil n'a lieu pour le tuteur testamentaire, qui tient son droit du testament et qui a été choisi en considération de sa personne.

(1) Ulp., 35 ad Ed., XXVI, 10, 1, 5.
(2) Ulp., XI, 17.

CHAPITRE XI

L'état d'obligé.

La formation de la notion d'obligation est un des plus intéressants problèmes de l'histoire du droit. L'obligation occupe une place si considérable dans le domaine du droit, elle est un facteur si essentiel du commerce juridique tel que nous le comprenons aujourd'hui, qu'on peut juger du degré de développement du droit chez un peuple, et jusqu'à un certain point de son état social, d'après la façon dont il conçoit la notion d'obligation. Tandis que la notion de propriété se retrouve chez tous les peuples, celle d'obligation suppose un état de civilisation relativement avancé; elle appartient à une époque où les relations d'affaires se multiplient, et où l'argent devient l'élément normal des transactions.

Nous aurons donc à relever soigneusement, en étudiant chaque période, tous les renseignements que fournissent les textes sur cette matière. Nous assisterons ainsi à la naissance et au progrès continu de la notion d'obligation en droit romain. Reportons-nous d'abord au temps des Douze Tables.

En étudiant la composition de la maison romaine, nous avons constaté la présence de certaines personnes de naissance libre que le chef retient chez lui en prison. Ce sont des chefs de famille qui, ayant fait un emprunt dans la forme du *nexum*, se sont trouvés hors d'état de rembourser leur dette à l'échéance, ou bien encore ce sont des citoyens qui, ayant commis un tort au préjudice du maître de la maison, n'ont pas fourni la satisfaction qui leur a été imposée par le juge à titre de peine (1). Toutes ces personnes étaient, par mesure de précaution, chargées de chaînes (*vincti, ligati*). On les appelait obligées (*obligati*), par allusion à la situation matérielle dans laquelle elles se trouvaient. L'obligé est un citoyen enchaîné par un autre, faute de lui avoir payé ce qu'il lui doit en vertu d'un acte tel que le *nexum*.

Divers textes relatifs au *nexum* confirment cette manière de voir. L'emprunteur devait se livrer au prêteur à défaut de remboursement de l'argent prêté (2). Le droit du prêteur se rap-

(1) Voy. *supra*, p. 187.

(2) Liv., VIII, 8, 28; VI, 3, 19 : *Se nexum dare, corpus in nervum ac supplicia dare.* Val. Max., VI, 1, 9 : *Pecuniæ creditæ corpus debitoris obnoxium.*

proche de celui d'un maître : c'est une sorte de droit de propriété. Nulle part le droit du créancier n'est présenté comme un pouvoir sur la volonté du débiteur. La notion abstraite d'obligation n'existe pas encore; on ne connaît que l'état d'obligé. Nous avons à déterminer comment cet état prend naissance et comment il prend fin.

I

DES ACTES GÉNÉRATEURS DE L'ÉTAT D'OBLIGÉ.

La notion abstraite d'obligation étant étrangère à l'ancien droit, nous avons à rechercher, non pas, comme nous le ferons dans les périodes suivantes, les sources des obligations, mais les cas dans lesquels une personne peut être enchaînée pour dettes. On peut les ranger en deux catégories : les uns résultent d'un acte illicite; les autres, d'un acte licite, solennellement placé sous la garantie de l'État. La première catégorie comprend un nombre de cas incomparablement plus considérable que la seconde; on y trouve tous les cas où la loi astreint l'auteur d'un tort à payer une peine pécuniaire ou à fournir à la victime une réparation en nature. La seconde catégorie comprend le *nexum*, le legs *per damnationem*, le *vadimonium*, la *prædis* et la *vindicis datio*.

Cette classification contient en germe la distinction des contrats et des délits, que formuleront plus tard les jurisconsultes classiques. Mais si, à l'époque que nous étudions, la distinction apparaît dans les faits qui donnent lieu à l'état d'obligé, elle ne se reproduit pas dans les règles de droit qui les gouvernent. Quelle que soit la cause de l'obligation, les cas dans lesquels elle existe supposent toujours une *damnatio* préalable. Cette *damnatio* consiste en une déclaration solennelle qui peut émaner d'un simple citoyen, du magistrat ou d'un juge. Dans le premier cas, elle se rattache à un acte par l'airain et la balance, comme le *nexum*, ou à un testament, comme le legs *per damnationem*. Dans le second cas, elle résulte d'un décret du magistrat rendu à la suite d'un aveu judiciaire (1). Quant à la déclaration du juge, elle se présente, non pas sous la forme d'une *damnatio* proprement dite, mais d'une condamnation dans la *judicis postulatio* (2).

(1) Paul, 9 ad Plaut., D., XLII, 2, 3; Serv., in Æn., XII, 727; Gaius, IV, 21.
(2) Plaut., Bacch., 236; Brutus, ap. Lab., 2 ad XII Tab., ap. Gell., VI, 15.

A. — ACTES ILLICITES.

§ 1er. — *Des modes de répression des actes illicites.*

Dans les sociétés primitives, l'homme victime d'une injustice se venge lui-même. La mesure de sa vengeance est dans l'énergie de son ressentiment. De bonne heure cependant il a, par une sorte d'instinct, accepté une limite : le mal infligé ne peut être plus grand que le mal éprouvé. Le talion est déjà un progrès. En voici un autre. A mesure que les fortunes se développent et deviennent un élément de puissance, il arrive parfois que l'intérêt domine le ressentiment : la victime consent à faire la paix avec le coupable moyennant une rançon.

C'était là une heureuse innovation qu'on s'empressa de généraliser dès qu'il y eut une autorité sociale. L'exercice de la vengeance privée était incompatible avec l'organisation des cités : il présentait des difficultés, des dangers. Lorsqu'on avait affaire à un adversaire puissant, il y avait à craindre que l'injustice demeurât impunie. De là des ferments de haine qui subsistaient entre les familles et qui, se perpétuant de générations en générations, étaient une cause d'affaiblissement pour la cité. Le législateur jugea utile d'intervenir, et, dans la plupart des cas, il interdit l'exercice de la vengeance privée; il força la victime à se contenter d'une rançon, dont il fixa lui-même le montant, pour que les exigences de l'offensé n'en rendissent pas le payement impossible ou trop onéreux.

Lorsque le tort consistait en une atteinte à la propriété, la fixation uniforme du taux de la rançon avait des inconvénients : le chiffre pouvait en être inférieur à la valeur de la chose. Un nouveau progrès consista à établir un rapport entre cette valeur et la peine infligée au coupable : on l'obligea à payer deux fois, trois fois la valeur de la chose. La peine avait en même temps le caractère d'une amende et celui d'une indemnité (1).

Dans les cas où l'acte illicite était réprimé par une peine pécuniaire, l'état d'obligé prenait naissance, pour l'auteur du tort, à la suite du jugement constatant sa culpabilité. Si l'auteur du tort était hors d'état de payer immédiatement sa dette, il pouvait, avec l'agrément de la victime, s'engager pour une date ultérieure. L'acte illicite donnait ici naissance à une sorte d'obligation contractuelle (2).

(1) Ihering, I, 127; Labbé (App. au t. III d'Ortolan, 808); Gérardin, *Étude sur la solidarité*, 1885, p. 48; Girard, *Les actions noxales*, 1888, p. 48.

(2) Cf. Kuntze, II, 102; Hugo Krueger, *Geschichte der* capitis deminutio, 1887, I, 399; Esmein, *in* Mél. de l'École française de Rome, 1888, p. 426.

On retrouve à Rome des vestiges des phases diverses que nous venons d'indiquer. Mais prises dans leur ensemble, les lois royales et les Douze Tables témoignent d'un état social bien supérieur à celui que décrivent les poèmes homériques (1). Le droit à la vengeance privée n'est admis que dans un petit nombre de cas, par exemple pour un vol manifeste commis par un esclave ; le talion, pour la rupture d'un membre. Mais les dieux romains ne permettent plus que le désir de vengeance s'éternise entre deux familles ; ils font un devoir aux membres de la *gens* de la victime de venir à son aide pour punir l'auteur du tort ; en même temps ils retirent leur protection au coupable qui, exclu de la communauté des hommes, peut être tué impunément. On voit aussi apparaître l'idée que l'État souffre, dans certains cas, du tort causé à l'un de ses membres, et qu'il lui appartient de châtier le coupable. Le délit prend ici le caractère d'un délit public ; c'est un crime (2).

Dans d'autres cas, l'État restreint le droit pour l'offensé de se venger à sa guise ; il l'oblige à se contenter d'une rançon dont le montant est fixé par la loi, par exemple en cas d'injures. Parfois même la victime n'a que la ressource de demander une peine pécuniaire, variable suivant la valeur de la chose, comme en cas de vol non manifeste. Enfin, le *nexum* fournissait le moyen de conférer à la victime un droit éventuel aux services de l'auteur du tort, lorsqu'il ne pouvait acquitter sa dette.

Si l'ancien droit réprime en général au moyen d'une peine les actes contraires au droit, il y a cependant un certain nombre de cas où l'idée de peine est écartée (3). On considère sans doute que ces actes ne sont pas de nature à exciter la colère de la victime, à faire naître en son cœur le désir de se venger. La distinction entre ces deux sortes d'actes repose, comme on le voit, sur une base très mobile, sur une question de sentiment. Cependant l'usage a introduit une certaine fixité en cette matière, et,

(1) Iliade, IX, 632 ; V, 265. Odyssée, XX, 55 ; VIII, 397. Cf. Hofmeister, *Die Gerichtsscene im Schild des Achill* (Z. f. vgl. Rw., II, 443). Le dernier livre de l'Odyssée, v. 421 et suiv., dénote cependant un progrès dans les idées qui avaient cours au moment où il a été composé : les dieux s'opposent à l'exercice de la vengeance privée, et Pallas Athênê cherche à ramener la paix entre l'offenseur et l'offensé.

(2) La distinction des délits publics et des délits privés remonte aux premiers siècles. Les délits publics comprennent, outre l'hypothèse indiquée au texte, les torts dont l'État est victime, par exemple le crime de haute trahison. Voy. sur le droit criminel des Romains au temps des Douze Tables, Rudorff, *Röm. R. G.*, II, 365 ; Kuntze, II, 178 ; Maynz, Nouv. Rev. hist., 1881 ; Voigt, II, 788.

(3) Le mot *pœna* désignait exclusivement, dans l'origine, la répression des actes contraires au *jus*. Plus tard on donna à ce mot une acception plus large, mais sans caractère technique. Cf. Rubino, 460 ; Ihering, I, 278 ; Voigt, I, 471 ; Bréal, *Dict.*, 273.

sans tenir compte de la susceptibilité plus ou moins grande des individus, on a déterminé les cas où l'auteur d'un acte contraire au droit serait tenu simplement de réparer le dommage qu'il a causé.

Nous aurons à rechercher les actes pour lesquels la loi a édicté une peine, et ceux pour lesquels elle se contente de la réparation du dommage. L'intérêt pratique de la distinction est manifeste : dans le premier cas, la loi veut infliger un châtiment à l'auteur de l'acte contraire au droit; parfois la peine sert en même temps à réparer d'une façon plus ou moins large le dommage éprouvé. Dans le second cas, la réparation du dommage est jugée suffisante ; l'auteur de l'injustice n'encourt aucun châtiment.

§ 2. — *Des conditions requises pour que l'état d'obligé résulte d'un acte illicite.*

Ces conditions ont varié suivant les époques. On peut à cet égard distinguer trois phases dans la législation des peuples antiques. Dans la première, deux conditions suffisent pour motiver le droit à la vengeance privée : l'accomplissement d'un acte contraire au droit, l'existence d'un tort causé à autrui. On ne se préoccupe nullement de la culpabilité de l'agent : que le tort ait été commis par un être humain ou par un animal, qu'une blessure ait été faite intentionnellement ou par mégarde, il n'importe. La passion est aveugle; sous l'empire de la douleur ou de la colère, la victime ne songe qu'à tirer vengeance du tort qu'elle a subi, quel qu'en soit l'auteur et quelle qu'en soit la cause.

Dans une seconde phase, on rencontre un certain nombre de délits qui supposent, outre le fait matériel, un élément intentionnel; mais on ne tient pas compte du degré de culpabilité pour le calcul de la peine.

Enfin, dans la troisième phase, la peine est proportionnée à la culpabilité de l'agent : c'est là une idée nouvelle introduite par les jurisconsultes classiques et qui n'a pas peu contribué à donner au droit romain une haute valeur morale (1).

Les Romains des premiers siècles, comme les autres peuples de l'antiquité, n'exigent, en principe, que deux conditions pour qu'un acte soit punissable : que l'acte soit contraire au droit et qu'il cause un tort à autrui.

Sous la dénomination de torts, nous comprenons toute espèce

(1) Cf. Ihering, *La faute en droit privé,* trad. de Meulenaere, 1874, p. 23.

d'actes nuisibles à autrui. C'est à dessein que nous employons ce mot, qui n'a pas de sens technique en droit français, mais dont la signification vulgaire nous paraît assez large pour désigner des actes très divers que l'on distingue soigneusement aujourd'hui, mais entre lesquels l'ancien droit romain ne faisait aucune différence (1).

En droit moderne, on ne s'aviserait pas de confondre l'inexécution d'une promesse avec la perpétration d'un délit. L'ancien droit romain met sur la même ligne ces deux sortes d'actes. Il traite de la même manière le débiteur qui nie sa dette et le voleur qui s'empare du bien d'autrui : ils sont tous frappés d'une peine.

C'est là une nouvelle différence avec le droit moderne. De nos jours l'idée de peine est exclue du droit civil, même pour les délits : elle a été remplacée par le principe de la réparation du dommage ; elle n'a été maintenue qu'en matière criminelle pour réprimer le trouble causé à l'ordre social. Une autre différence non moins caractéristique, c'est que l'ancien droit romain ne distingue pas en général l'injustice consciente de celle qui ne l'est pas ; il frappe l'innocent aussi bien que le coupable.

C'est la conséquence du point de vue auquel se sont placés la plupart des législateurs antiques dans la réglementation des peines ; ils ont mis le droit au service de la passion. La peine édictée par la loi se substitue à la vengeance que la victime de l'injustice voudrait exercer elle-même. Elle s'applique dans tous les cas où le désir de se venger aurait pu naître : or la passion surexcitée ne s'inquiète pas de savoir si la violation du droit est l'œuvre d'une volonté coupable ou le résultat du hasard ; elle s'en prend à la personne qui a commis le tort, de même que l'enfant s'en prend au caillou qui l'a fait tomber (2). La légende d'Œdipe prouve qu'on punissait celui qui, sans sa faute, avait causé la mort d'autrui. On le considérait comme ayant agi sous l'influence d'une divinité malfaisante dont il fallait conjurer la puissance néfaste en sacrifiant celui dont elle s'était servie comme d'un instrument, et en le vouant, lui et ses descendants, à la vengeance des dieux irrités.

On trouve encore dans l'ancien droit romain des traces assez notables de l'état antérieur aussi bien dans le droit sacré et le droit criminel que dans le droit civil.

En droit sacré, il y a toute une série d'hypothèses dans lesquelles le fait matériel suffit pour faire encourir une peine :

(1) S. Maine, *L'ancien droit,* 350.
(2) Cf. Ihering, op. cit., 10.

la violation d'un *locus sacer* (1) ou *religiosus* (2), le détournement d'un objet mobilier consacré aux dieux supérieurs (3) ou son emploi à des usages profanes (4), l'entrée dans un temple d'une personne à qui il est interdit d'approcher de l'autel (5), la violation du délai de viduité imposé à la femme après la mort de son mari. Dans d'autres cas, au contraire, on distingue la violation inconsciente de la loi religieuse, et si l'on ne l'exempte pas encore de toute pénalité, du moins la peine édictée est peu rigoureuse : elle se réduit à l'offrande d'une victime expiatoire (*piamen*). Tel est le cas du magistrat qui, par mégarde, a laissé accomplir une action de la loi un jour néfaste (6).

En droit criminel, l'homicide par imprudence n'est pas puni comme le meurtre. Depuis une loi attribuée à Numa, il peut être racheté par la remise d'un bélier aux agnats de la victime.

En droit civil, il y a plusieurs cas où la loi frappe également l'innocent et le coupable : celui qui est trouvé détenteur d'un objet volé, celui qui mancipe une chose qui ne lui appartient pas et dont l'acquéreur vient à être évincé chercheraient vainement à se justifier. Les Douze Tables vont même jusqu'à édicter une peine contre l'impubère qui est pris en flagrant délit de vol, ou qui nuitamment va couper la récolte d'autrui, ou faire paître son troupeau dans un champ ensemencé. La loi se borne à atténuer la peine qui serait encourue par un citoyen pubère. Cette disposition n'est pas seulement remarquable au point de vue qui nous occupe, mais aussi parce qu'elle dénote une précocité pour le mal, une sauvagerie de mœurs peu ordinaires.

C'est surtout dans la procédure qu'on retrouve le plus de traces de la conception antique qui ne fait aucune différence entre l'innocent et le coupable. Nous ne citerons en ce moment qu'un seul exemple. Dans tout procès, la partie qui succombe est punie comme si elle avait eu tort de solliciter l'intervention du juge pour trancher un différend où elle croyait le bon droit de son côté (7).

(1) Festus, v° *Capitalis lucus*. Inscr. de Spoleto : *Rhein. Mus.*, 1880, XXXV, 62; Liv., XLII, 3.

(2) *Rev. archéolog.*, 1880, XII, 362; *C. I. L.*, X, 1537; Wilmanns, 257; *C. I. L.*, VI, 2120.

(3) Liv., XXIX, 8, 19; XXXI, 12, 13; XXXII, 1.

(4) *C. I. L.*, I, 603, l. 10.

(5) P. Diac., v° *Pælices*.

(6) Q. Muc., ap. Varr., L. l., VI, 4, 30.

(7) Cette disposition étrange subsiste encore en droit français dans un cas particulier. Lorsqu'un condamné interjette appel d'un jugement du tribunal de police correctionnelle et qu'il n'obtient pas l'infirmation du jugement, on ne lui tient pas compte, pour le calcul de la durée de sa peine, du temps pendant lequel il a été en

Cependant l'élément intentionnel apparaît dans certains délits, tels que le vol et l'injure, mais il sert tout simplement à les distinguer les uns des autres (1), à les caractériser (2). On ne recherche pas encore le degré de méchanceté de l'agent : le vol manifeste est puni bien plus sévèrement que le vol non manifeste, bien que la culpabilité puisse être la même dans les deux cas.

§ 3. — *Des torts qui donnent lieu à l'application d'une peine.*

1. — Injure.

I. — Le mot injure reçoit ici une signification spéciale : il désigne non pas tout acte contraire au droit, mais seulement une atteinte à l'honneur ou une voie de fait contre la personne.

Les faits qui constituent une injure sont de natures très diverses. Ce sont d'abord ceux qui portent atteinte à l'honneur, qui nuisent à la considération d'une personne auprès de ses concitoyens (*contumelia*) (3). Cette sorte d'injure se manifeste soit par des propos offensants (*maledicta*) ou par des chansons destinées à tourner quelqu'un en ridicule (*occentare*) (4), soit par des voies de fait telles qu'un soufflet, ou même un geste de mépris (5). Dans la suite on étendit la portée primitive de l'injure aux cas où elle se manifestait par des poèmes satiriques (*carmen condere*) (6).

L'injure peut résulter de la façon blessante dont on exerce un droit d'ailleurs très légitime : par exemple, si, pour forcer un débiteur à acquitter sa dette, un créancier la lui réclame en public et à grands cris (7). Ou bien encore si l'on élève sans motifs des soupçons sur la solvabilité d'une personne qui se présente comme caution (8).

Il y a également injure lorsque, sans droit, on use de vio-

état de détention préalable (C. pén., 23). On le punit pour avoir usé sans succès d'un droit reconnu par la loi.

(1) Paul, 39 ad Ed., D., XLVII, 2, 53 pr. : Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.

(2) *Animus furti faciendi, injuriæ inferendæ, damni dandi.* Pomp. ap. Ulp., 41 ad Sab., D., IX, 2, 41, 1; Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 13, 1. Cf. Pernice, Marcus Antistius Labeo : *Das Römische Privatrecht im ersten Iahrhunderte der Kaiserzeit,* 1878, II, 67.

(3) Inst., IV, 4 pr.; Pacuv., ap. Non., 430, 10, v° *Injuria :* Patior facile injuriam, si est vacua a contumelia.

(4) Gell., III, 3; Festus, v° *Occentassit.*

(5) Lab., ap. Gell., XX, 1; Cic., ad Q. fr., II, 3, 2; Plaut., Curc., IV, 2, 17.

(6) Cic., De rep., IV, 10, 12.

(7) Plaut., Curc., V, 3, 5; Suet., Vit., 7.

(8) Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 8, 5, 1.

lences à l'égard d'une personne, soit qu'on veuille pénétrer de force dans la maison d'autrui, soit qu'on veuille apporter un obstacle à l'exercice du droit d'un citoyen, ou bien encore si l'on cherche à se faire justice soi-même, alors qu'on n'est pas en droit de le faire (1).

Dans certains cas, l'injure acquiert un caractère particulier de gravité, lorsqu'elle se manifeste par des coups qui ont pour effet de casser un bras ou une jambe, ou qui déterminent la fracture d'un os du tronc ou de la tête (2).

Toutefois, on s'est demandé si ces deux cas constituaient une injure dans l'ancien droit. On a fait remarquer que la loi punissait ici le tort causé même par imprudence (3), tandis que l'injure proprement dite suppose un élément intentionnel (*animus injuriandi*). Mais la loi des Douze Tables, dont la disposition sur l'injure nous a été conservée, n'exige nullement la présence de cet elément. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que dans un certain nombre de cas, l'injure suppose la conscience du tort que l'on commet. Ce n'est pas une raison pour en conclure que dans tous les cas il en soit de même : le fait matériel peut être tel qu'il soit à lui seul suffisant pour être punissable (4). Sans doute, en droit classique, le dol est exigé pour constituer l'injure ; mais on sait qu'il en était autrement dans le droit primitif, dont l'ancien droit a conservé des traces assez nombreuses (5).

II. — L'injure n'était réprimée par les Douze Tables que si elle s'adressait à un homme libre; il n'y avait pas d'ailleurs à distinguer entre un chef de maison et un fils de famille ou une femme *in manu* (6). L'injure adressée à un esclave restait impunie, excepté lorsqu'elle consistait en une fracture d'un os du tronc ou de la tête. La peine encourue variait suivant les cas : elle était de vingt-cinq as pour l'injure simple; elle s'élevait à trois cents as pour la fracture d'un os, lorsque la victime était un homme libre, cent cinquante as, si c'était un esclave. Pour la rupture d'un membre, la loi prononçait la peine du talion. C'est

(1) Porph., in Hor., Sat., I, 9, 77.

(2) Les anciens distinguaient dans le corps humain, la tête, le tronc et les extrémités.

(3) Gell., XX, 1 : Quid si quis membrum... alteri imprudens ruperit ?

(4) Cf. Pernice, *Labeo*, II, 8; Kuntze, II, 562; Ihering, *Actio injuriarum*, trad. de Meulenaere, 1888, p. 40.

(5) Les textes sont unanimes pour faire rentrer la *membri ruptio* et l'*ossis fractio* dans le cas d'injure. Gaius, III, 223; Cicéron, De inv., III, 20, le dit pour le cas où une personne avait, d'un coup d'épée, tranché la main à un autre, ce qui parait bien constituer une *membri ruptio*. Il est difficile de croire que ces textes contiennent tous une erreur. L'explication tentée par Voigt, II, 521, repose sur une simple hypothèse. L'existence des actions qu'il cite n'est nullement certaine, à plus forte raison l'ordre dans lequel elles étaient présentées dans les Douze Tables.

(6) Gaius, III, 223.

la victime elle-même qui procédait à l'application de la peine (1). En fait, cela devait se produire bien rarement : les parties pouvaient, par une transaction, arrêter le cours du procès et, par suite, empêcher la peine d'être prononcée par le juge. Si elles ne parvenaient pas à s'entendre, le défendeur pouvait demander la nomination d'un arbitre pour fixer le montant de la composition. D'une façon ou de l'autre l'auteur de l'injure échappait à la peine du talion (2). L'action à exercer dans ces divers cas portait le nom général d'action *injuriarum;* mais le demandeur devait préciser le fait qui donnait lieu à la poursuite, pour que l'on sût quelle était la peine à appliquer (3).

2. — Vol.

I. *Éléments constitutifs du vol.* — Le vol (*furtum*) est l'acte par lequel on appréhende, contrairement au droit et en vue de se l'approprier, un objet mobilier (4) appartenant à autrui. Le vol implique la réunion de deux éléments : un élément matériel et un élément intentionnel (5).

Il faut d'abord une appréhension de la chose d'autrui. Le plus souvent cette appréhension consistera en une soustraction directement opérée au préjudice du propriétaire (6), avec ou sans violence (7). Mais une soustraction proprement dite n'est pas indispensable : celui qui a reçu du propriétaire la détention de la chose commet un vol dès qu'il veut se l'approprier contre le gré du propriétaire (8) ; de même celui qui appréhende une chose dont le propriétaire avait déjà perdu la possession, ou bien encore un esclave ou un animal fugitif (9). L'ancien

(1) Gell., XX, 1, 15.

(2) Lorsque l'injure consistait à *occentare*, divers textes donnent lieu de penser que la peine ordinaire de 25 as était accompagnée d'une peine corporelle. Horace, Ep., XI, 1, 154, dit que les poètes en sont réduits à dire du bien et à plaire par crainte du bâton. (Cf. Porph., in h. l; Cornut., in Pers., I, 223.) Horace emploie ici un terme impropre, car la bastonnade était réservée aux militaires; il est probable qu'il s'agit de la *verberatio,* où le coupable était battu de verges. Cic., De Rep., IV, 10, 12.

(3) Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 7, pr. Nous ne pensons pas qu'il y ait là une innovation introduite par le préteur. En sens contraire, Voigt, II, 523.

(4) Le vol s'applique aux membres de la maison, fils de famille ou esclaves. Gaius, III, 199; Gell., XI, 18. Sabinus est le premier qui ait proposé d'étendre la notion du vol aux fonds de terre; son opinion n'a pas prévalu. Gaius, 2 Aur., D., XLI, 3, 38.

(5) *Subripere :* Gell., XVII, 7, 1; *C. I. L.*, I, 603, l. 14; Cat., R. r., 144, 2; 145, 2. *Auferre :* Non. Marc., 453, 24, v° *Furtum. Adtrectare :* Sab., 2 jur. civ., ap. Gell., XI, 18, 20.

(6) *Tollere, amovere.* Cinc., 3 de re milit., ap. Gell., XVI, 4, 2; Gaius, III, 195.

(7) *Rapere, clepere :* Cic., De leg., II, 9, 22; De Rep., IV, 3, 3.

(8) Val. Max., VIII, 2, 4; Brut. et Q. Muc. ap. Gell., VI, 15.

(9) *Invenire* est opposé à *tollere* dans Gell., XVI, 4, 1; Aj. II, 8, 14.

droit ne distingue pas entre l'appréhension clandestine et celle qui a lieu par violence (1) : c'est le préteur qui a introduit l'action *bonorum vi raptorum*.

Il faut ensuite que l'appréhension ait lieu contrairement au droit. Celui qui appréhende une chose en procédant à une *manus injectio* ou à une *pignoris capio* ne commet pas de vol (2).

L'appréhension doit avoir lieu contre le gré du propriétaire. Une *res nullius* ne peut faire l'objet d'un vol. On considérait comme tels les biens d'une hérédité tant que l'héritier n'avait pas fait adition (3). Le voleur doit avoir conscience qu'il agit contre le gré du propriétaire (4); mais il n'est pas nécessaire qu'il sache exactement à qui appartient la chose (5).

En général, le vol est considéré comme un délit privé. Il y a cependant quelques cas où il est traité comme un délit public : *a*) lorsque le voleur a coupé nuitamment la récolte d'autrui; *b*) lorsque, par des procédés magiques, quelqu'un a attiré sur son champ des semences qui poussaient sur le champ d'autrui (6).

II. *Vol manifeste.* — La loi des Douze Tables distingue deux sortes de vol : le vol manifeste et le vol non manifeste (7). De plus, elle applique la peine du vol à des personnes qui n'ont pas elles-mêmes commis le vol : les complices, ceux chez qui la chose volée a été trouvée, ceux qui ont déposé l'objet volé entre les mains d'un tiers.

Il y a vol manifeste lorsque le voleur est pris sur le fait (8). Que ce soit par le propriétaire ou par toute autre personne, il n'importe (9). Peu importe également qu'il réussisse à s'échapper. S'il est arrêté, on a le droit de le tuer dans deux cas : en cas de

(1) Gell., XI, 18, 9; Gaius, III, 209.

(2) Ulp., 3 Disp., D., XLVII, 2, 55; 8 De off. proc., D., XLVII, 14, 13, 4.

(3) Gaius, II, 9; III, 201; Jul., 22 Dig., D., IX, 4, 40.

(4) Ulp., 42 ad Sab., D., XLVII, 2, 46, 7.

(5) Ne faut-il pas de plus que le voleur ait agi par ruse (*fraude*) et en vue de réaliser un gain (*lucri faciendi causa*)? Telle paraît être l'opinion de Sabinus (ap. Paul, 39 ad Ed., D., XLVII, 2, 1 pr.; 2 jur. civ. ap. Gell., XI, 18, 20). Mais le mot *fraus* désigne ici plutôt le caractère de clandestinité que présente le *furtum*, par opposition à la violence qui distingue la *rapina*, depuis que cette sorte de vol est devenue un délit spécial d'après l'édit prétorien. Quant à la volonté de réaliser un gain, c'est le cas le plus ordinaire, mais non une condition essentielle. Cf. Alb. Desjardins, *Traité du vol*, 1881, p. 93; Pernice, *Labeo*, II, 72. Voy. cep. Voigt, II, 555.

(6) Lorsque le vol a pour objet une chose sacrée ou déposée dans un temple, il tombe sous l'application de la loi religieuse. Le vol commis par un militaire au préjudice de ses compagnons d'armes ou de toute autre personne rentre dans le droit militaire et donne lieu à l'application de peines spéciales.

(7) Kuntze, II, 146, 565; Voigt, II, 553.

(8) Pomp., ap. Ulp., 41 ad Sab., D., XLVII, 2, 7, 1 : Deprehensione fieri manifestum furem. Sab., De furt., ap. Gell., XI, 18, 20; Pomp., 19 ad Sab., D., eod., 35 pr. Paul, Sent., II, 31, 2; Gaius, III, 184.

(9) Ulp., 41 ad Sab., D., XLVII, 2, 3, 1; Inst., IV, 1, 3.

vol nocturne ou même de vol de jour à main armée (1). L'exercice de ce droit ne paraît pas avoir été restreint, comme en droit classique (2), au cas de légitime défense. Si l'on exige une *ploratio* (3), les clameurs de la victime du vol ont pour but de constater le flagrant délit.

Si le volé n'use pas de son droit, de même que dans tout autre cas, il peut poursuivre en justice le voleur par l'action *furti manifesti*. Le délit une fois constaté par le juge, le voleur est attribué (*addictus*) à celui qu'il a volé, après avoir été battu de verges. Le propriétaire de l'objet volé a seul qualité pour exercer cette action. Dans la suite, on en étendit le bénéfice à tous ceux qui y avaient intérêt (4).

Le vol non manifeste est moins sévèrement puni. La loi a fixé au double le montant de la composition à remettre à la victime du vol (5). La disproportion dans la pénalité infligée s'explique par une raison déjà indiquée : la peine pécuniaire, substituée à la vengeance privée, se mesure moins à la culpabilité de l'agent qu'au ressentiment de la victime (6).

III. *Complicité*. — La loi des Douze Tables paraît avoir contenu une disposition spéciale aux complices d'un vol (7). Les éléments

(1) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., IX, 2, 4, 1; Cic., P. Tull., 47; Gell., II, 18, 7. Il en était de même en droit attique. Eschine, 1, 91; Demosth., 45, 81; 24, 65.

(2) Ulp., 37 ad Ed., D., XLVIII, 8, 9.

(3) Cic., P. Tull., 50 : Endo plorato hoc est conclamato ut aliqui audiant et conveniant. Gaius, *loc. cit.* : « Occidere permittit ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. » Pernice, *Labeo*, II, 23; Desjardins, op. cit., 108; Voigt, II, 560. Contra, Kuntze, II, 146.

(4) Gaius, III, 203.

(5) En droit attique, tout voleur est obligé à payer la valeur de la chose volée, plus une valeur équivalente. Cf. Telfy, *Corpus juris Attici*, 1575, 1576. La distinction du vol manifeste et non manifeste se retrouve dans les lois anglo-saxonnes, dans la loi salique et dans celle des Ripuaires. Cf. Dareste, *Études*, 299.

(6) C'est ce que n'avait pas aperçu Montesquieu, *Esprit des lois*, XXIX, 13.

(7) Cic., De nat. deor., III, 30, rapporte la formule d'une action ainsi conçue : *ope consilioque tuo furtum aio factum esse*. Si on la rapproche de celle qu'on lit dans Gaius, IV, 37 : « Si paret... (ope) consilio (ve) Dihonis, Hermæi (?) filii, furtum factum esse pateræ aureæ, quam ob rem eum si civis Romanus esset pro fure damnum decidere oporteret », on n'hésitera pas à reconnaître dans la première la forme d'une action de la loi; dans la seconde, la modification que cette action a subie sous le système de procédure formulaire. Aucun texte ne dit sur quelle loi repose cette action, mais il ne semble pas douteux qu'elle découle des Douze Tables. Elle présente la même anomalie que les actions *furti concepti, furti oblati*, qui l'une et l'autre dérivent certainement de cette loi. L'action *furti* se donne dans ces trois cas contre une personne qui n'a pas commis elle-même le vol. En tout cas, si la disposition relative aux complices n'était pas écrite dans les Douze Tables, elle remonte à une loi très ancienne, comme le prouve la réunion des deux mots *ope, consilio*, qui n'étaient, dans le texte original de la loi, séparés par aucune particule conjonctive ni disjonctive. Cf. Paul, 59 ad Ed., D., L, 16, 53, 2. Dans les monuments les plus anciens de la langue latine, particulièrement dans les Douze Tables, on trouve de nombreux exemples de cet usage. On a contesté, il est vrai, qu'il y ait eu une action spéciale

constitutifs de la complicité sont caractérisés par les mots *ops, consilium*. *Ops*, c'est l'assistance matérielle que l'on a prêtée à l'auteur du vol (1). Cette assistance n'est pas de telle nature qu'elle fasse du complice un coauteur (*socius*) (2). Le complice diffère du coauteur en ce qu'il n'appréhende pas la chose et qu'il n'a pas la volonté de se l'approprier. *Consilium*, c'est la volonté de s'associer à un vol (3).

Le complice est puni comme un voleur non manifeste : il est tenu de payer le double de la valeur de l'objet volé (4). L'action donnée contre le complice est indépendante de celle qui incombe au voleur : si pour une cause quelconque l'auteur du vol échappe à la poursuite, cela n'empêcherait nullement le complice d'encourir la peine du double (5).

IV. *Recel*. — Les Romains n'ont pas de mot technique pour désigner le recel. On peut même dire que chez eux le recel est un fait indifférent au point de vue juridique. La loi ne punit pas celui qui donne asile au voleur, si le voleur n'est pas nanti de l'objet volé (6). Ce qui aux yeux des Romains est caractéristique, c'est la saisie de l'objet volé, faite au cours d'une perquisition chez le receleur. De là le nom de l'action donnée contre le receleur : elle s'appelle *furti concepti*. Le mot *furtum* désigne ici la chose volée (7) ; le mot *conceptum* indique l'appréhension de l'objet volé avec le concours de plusieurs personnes qui servent de témoins.

contre les complices ; la formule rapportée par Gaius s'applique, dit-on, au vol non manifeste. Mais le manuscrit contient ici une lacune évidente : il est difficile de croire que le simple conseil ait jamais suffi pour réaliser un vol, en présence de Gaius, III, 202, qui distingue celui *cujus ope consilio furtum factum est* et celui qui a commis le vol. LENEL, *E. P.*, 260, 263, a pleinement réfuté l'opinion contraire de COHN, *Beitr. zur Bearb. d. r. R.*, 1880, II, 1. Cf. VOIGT, II, 578, qui, le premier, a établi l'existence d'une action spéciale contre les complices (*Bedeutungswechsel*, 149 ; *J. N.*, III, 769).

(1) ULP., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 50, 3 : Opem fert qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet.

(2) ULP., 9 de off. proc., Collat., XIV, 3, 4.

(3) Telle est du moins l'opinion qui avait prévalu parmi les anciens jurisconsultes. PAUL, loc. cit. D'autres se contentaient de l'assistance matérielle. POMP., 19 ad Sab., D., XLVII, 2, 37. Plus tard, le *consilium* fut la provocation, l'encouragement à commettre le vol, les renseignements fournis, les instructions données pour faciliter l'accomplissement du vol. ULP., loc. cit. ; PED., ap. ULP., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 50, 2 ; PAUL, loc. cit. Cf. DESJARDINS, op. cit., 182.

(4) L'expression *pro fure damnum decidere* ne signifie pas que le complice est obligé pour le voleur, au lieu et place du voleur, car l'exercice de l'action contre le complice n'empêche nullement de poursuivre le voleur ; elle signifie que le complice est tenu comme un voleur. VOIGT, *Bedeutungswechsel*, 151.

(5) ULP., eod., 52 pr. INST., IV, 1, 12.

(6) ULP., 42 ab Sab., D., XLVII, 2, 48, 1.

(7) NON. MARC., 453, 24 : furtum... ablata res.

Trois conditions sont requises pour que le receleur soit puni, bien qu'il n'ait pas pris part au vol. Il faut : 1° que la victime du vol procède à une visite domiciliaire (1) ; 2° que, au début de cette visite, le receleur n'ait pas reconnu la présence de l'objet chez lui ; 3° que l'objet volé soit trouvé dans la maison du receleur.

Ce que la loi punit, c'est moins la détention de l'objet volé que le défaut de déclaration. Le receleur serait exempt de toute peine si l'objet était trouvé chez lui par hasard, en dehors de toute perquisition ; de même si, à première réquisition, il se reconnaissait détenteur de l'objet, on présumerait qu'il ignorait être dépositaire d'un objet volé. En sens inverse, s'il n'avoue pas que l'objet est chez lui, il est réputé coupable par cela seul que l'objet est découvert dans sa maison : il ne peut exciper de sa bonne foi. Alors même que l'objet aurait été introduit et caché chez lui à son insu, soit par un membre de sa famille, soit par une personne étrangère, il est responsable ; il est en faute d'ignorer ce qui se passe chez lui. Cette règle nous semble aujourd'hui bien rigoureuse ; mais il ne faut pas perdre de vue qu'à une époque où il n'y avait pas de police municipale, ce devait être un devoir pour tout chef de famille de faire la police de sa maison (2).

C'est pour la même cause que la victime du vol devait elle-même procéder aux visites domiciliaires destinées à retrouver l'objet volé. La loi autorisait les perquisitions dans la maison de celui qui était soupçonné de receler l'objet volé, mais sous certaines garanties pour éviter tout abus. Il était à craindre, d'une part, que, sous prétexte de rechercher un objet volé, on ne pénétrât par pure malice dans le domicile d'un citoyen dont l'honorabilité était au-dessus de tout soupçon ; d'autre part, que, pour le faire punir comme receleur, on n'introduisît chez lui, au cours de la perquisition, l'objet que l'on prétendait volé. Dans le premier cas, le citoyen qui considérait comme un outrage la visite opérée dans sa maison pouvait exercer l'action d'injures. Dans le second cas, il pouvait exiger que la recherche de l'objet volé fût faite dans une forme solennelle (*per lancem liciumque*).

Ordinairement la victime du vol se présente au domicile de celui qui est soupçonné de receler l'objet volé et lui demande, en

(1) Gaius, III, 186.

(2) Dans la Rome antique il n'y avait pas de police judiciaire. Lorsqu'un acte contraire au droit avait été commis, c'était à celui qui en avait souffert à faire le nécessaire pour obtenir la punition du coupable. Mais comme on devait être souvent assez embarrassé pour découvrir le voleur, ou tout au moins l'endroit où il avait caché le produit de son vol, il était d'usage de provoquer une dénonciation en promettant une récompense. *C. I. L.*, I, 1254 ; Plaut., Curc., IV, 4, 34 ; Paul, Sent., II, 31, 24.

présence de témoins, s'il détient cet objet dont il lui donne la description (1). Si le receleur avoue, le volé reprend sa chose, à moins que la possession ne lui en soit contestée : dans ce cas, il n'a qu'à la revendiquer. Si le receleur nie que la chose soit en sa demeure, ou déclare l'ignorer, la victime du vol peut s'en tenir à cette réponse, ou passer outre et procéder à la perquisition. Dans le premier cas, si l'on réussit à prouver que le receleur a menti, on le punit comme un voleur non manifeste (2). Dans le second cas, la forme de la perquisition variait suivant que le maître de la maison s'y prêtait ou non de bonne grâce (3). S'il consentait à la visite domiciliaire, elle se faisait sans solennité et en présence de témoins. L'objet volé était-il trouvé, la victime du vol pouvait s'en emparer (*abimere*) (4), et le receleur encourait la peine du triple. L'action donnée contre lui portait le nom d'action *furti concepti*. S'il s'opposait à la perquisition, il fallait essayer de vaincre sa résistance au moyen d'une solennité particulière que Gaius nous fait connaître.

Celui qui veut pénétrer dans la maison doit se présenter *nudus*, ce qui ne veut pas dire nu, mais sans toge, vêtu d'un linge noué sur les hanches (*licio cinctus*) (5). Il doit tenir un plat à la main (6).

(1) PAUL, II, 31, 22.

(2) C'est du moins ce qui résulte de PLAUT., Pœn., I, 1, 53 ; V, 6, 14.

(3) Cette distinction ressort de GAIUS, III, 193, qui oppose le cas où l'auteur de la perquisition est *vestitus* à celui où il doit être *nudus*. On en trouve une application dans MACROB., Sat., I, 6, 30. Cf. ESMEIN, *Mélanges*, 237.

(4) P. DIAC., v° *Abemito ;* PAUL, Sent., II, 31, 14.

(5) GAIUS, III, 192 ; P. DIAC., v° *Lance et licio*. Cf. sur le sens de *licium*, MARQUARDT, VII, 524, 531 ; VOIGT, II, 571, et sur celui de *cinctus :* MAI, Class. Auct., VII, 550, cité par MARQUARDT, VII, 550. GAIUS, III, 192, dit *linteo cinctus* au lieu de *licio*, et il présente ce *linteum* comme *consuti genus quo necessariæ partes tegerentur*. Cette explication montre que Gaius croyait que *nudus* signifiait sans vêtement. C'est sans doute sous l'influence de cette préoccupation qu'il a substitué *linteo* à *licio*. Le *licium* qu'on appelait aussi *subligaculum,* ou *campestre* (CIC., De off. I, 35 ; NON., 29, 20), était le costume ordinaire des anciens Romains dans leur intérieur ou lorsqu'ils travaillaient aux champs. (CAT., De mor., ap. GELL., XI, 25 ; PLINE, XVIII, 3, 20.) Quand il fut d'usage de porter la tunique sous la toge, ceux qui avaient le culte des mœurs antiques affectèrent de garder le *cinctus*. Caton fils, étant préteur, siégeait, pendant l'été, à son tribunal sans autre vêtement que sa *toga campestris,* dont il se ceignait les reins. (ASCON., p. 30, ed. Orelli. Cf. LUCAIN, VI, 794 : *nudi Cethegi*. PORPH., ad Hor., A. P., 50. *Dict. des Antiq.*, I, 1172.) Les candidats aux fonctions publiques venaient briguer les suffrages du peuple vêtus simplement du *cinctus* afin de témoigner leur respect pour les coutumes des ancêtres.

(6) P. DIAC., v° cit., et GAIUS, III, 193, expliquent la présence de ce plat d'une manière insuffisante. LEIST, *Gr. ital. R. G.*, 247, conjecture qu'il servait à faire une libation destinée à apaiser les dieux protecteurs du foyer ; la visite domiciliaire était une atteinte à l'inviolabilité du foyer domestique. La glose des Institutes de Turin nous apprend que ce plat devait être en argile (Z. f. R. G., VII, 78). Or VARRON (L. l., V, 121) dit qu'autrefois on se servait dans les cérémonies religieuses de vases de bois ou d'argile. On retrouve la même forme de perquisition chez les Grecs (ARISTOPH., Nub., 497 ; PLAT., de leg., XII, 7) et les Germains (GRIMM, *Rechtsalt.*, 640,

Si l'objet était trouvé dans la maison, le receleur était ici traité comme le voleur manifeste. Il n'avait qu'à s'en prendre à lui-même de l'aggravation de la peine. La défiance qu'il avait montrée envers celui qui voulait faire la perquisition, en le forçant à se dépouiller de sa toge, méritait une punition dès l'instant qu'elle était reconnue mal fondée. Lorsque cette forme de perquisition fut tombée en désuétude, le préteur y substitua une action contre celui qui s'opposait à la recherche de l'objet volé : c'est l'action *furti prohibiti* qui, de même que l'action prétorienne donnée en cas de vol manifeste, entraînait la peine du quadruple (1).

Celui qui a été condamné comme receleur a un recours contre celui qui a déposé l'objet dans sa maison (*furtum oblatum*), sachant que c'était un objet volé. C'est là une ressource pour le receleur de bonne foi. Mais si celui qui lui a remis l'objet était lui-même de bonne foi, le receleur n'aurait plus de recours, il ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même de n'avoir pas déclaré, au début de la perquisition, qu'il avait l'objet dans sa maison.

L'action *furti oblati* se donne au triple contre celui qui a offert l'objet. Si ce n'est pas le voleur lui-même, voilà encore une personne qui est punie comme un voleur, bien qu'elle n'ait pas pris part à l'accomplissement du vol. A première vue, on pourrait croire qu'elle est traitée plus sévèrement que le voleur non

f.; *Von der Poesie im Recht*, Z. f. g. Rw., II, 91), dans les lois anglo-saxonnes, dans la loi salique et dans celles des Ripuaires, des Burgondes et des Bavarois. Cf. DARESTE, *Études d'hist. du droit*, 300.

(1) GAIUS, III, 192. L'interprétation que nous venons de donner du passage de Gaius sur le *furtum conceptum* est généralement adoptée depuis VANGEROW, *De furto concepto ex lege XII Tab.*, 1845, p. 18. Elle a été cependant combattue par SCHOELL, *Legis XII Tab. reliq.*, 42. D'après lui, Gaius se serait complètement mépris en attribuant aux Douze Tables la consécration d'une forme non solennelle de perquisition qui fut sanctionnée seulement par le préteur. Cette assertion du philologue allemand, qui impute une grave erreur à Gaius, auteur d'un commentaire sur les Douze Tables, repose sur un texte d'Aulu-Gelle qui, après avoir rapporté les dispositions des Douze Tables sur le vol, dit qu'elles ne sont plus observées et que le voleur manifeste est puni du quadruple ; après quoi, il ajoute que le *furtum conceptum* entraînait la peine du triple. Cela veut-il dire que cette action n'a été créée qu'après celle du quadruple contre le voleur manifeste ? Le texte d'Aulu-Gelle n'est pas assez explicite pour qu'on puisse l'affirmer, et cependant il faudrait qu'il fût bien précis pour affaiblir l'autorité de celui de Gaius. Schoell a fait remarquer qu'il y a une certaine incohérence dans GAIUS, III, 191 et 192. Gaius semble, d'une part, dire que le *furtum conceptum* donne lieu à la peine du triple; d'autre part, à celle du vol manifeste : or ce sont deux peines très différentes. Cette contradiction n'est qu'apparente. Au § 192, Gaius dit que le receleur était traité comme un voleur manifeste dans le cas où plus tard le préteur donnait l'action *furti prohibiti*, c'est-à-dire dans le cas où le receleur s'opposait à la perquisition. Au § 193, il distingue nettement la perquisition non solennelle (*qui vestitus quærit*) et la perquisition solennelle (*qui nudus quærit*). Cette distinction de deux sortes de perquisitions a été mise en lumière par LEBOIS DES GUAYS (*Thémis*, 1826, VIII, 45). Cf. VOIGT, II, 569. Voy. cep. KRUEGER, Z. Sav. St., 1884, V, 219.

manifeste ; mais il ne faut pas oublier que celui-ci, outre la peine du double, est soumis, au moins dans certains cas, à la revendication, plus tard à la *condictio furtiva,* et doit rendre l'objet ou sa valeur.

V. *Règle spéciale au* tignum junctum. — Les Douze Tables contenaient une disposition spéciale au *tignum junctum* (1). Qu'il s'agisse ici d'une pièce de bois volée, cela résulte de ce que l'action donnée contre le constructeur figure dans l'édit perpétuel parmi les actions *furti*. Le vol de cette pièce de bois a donné lieu à une perquisition (*si concapsit*) au cours de laquelle on a reconnu que l'objet volé avait été incorporé à une construction. En cet état, il est interdit de retirer (*solvere*) la pièce de bois de la construction à laquelle elle est incorporée. C'est une dérogation à la règle appliquée aux receleurs. Pareille dérogation est admise pour l'échalas volé qui a été employé à soutenir un pied de vigne. On ne pourrait pas même le réclamer au cas où il aurait été momentanément détaché ou sorti de terre pendant la taille de la vigne (2). Mais si la maison vient à être démolie ou si, pendant qu'on la répare, la pièce de bois est dégagée, si, à l'entrée de l'hiver, l'échalas est sorti de terre pour être mis à l'abri (*donec dempta erunt*) pendant la mauvaise saison, alors celui à qui la chose appartient peut l'enlever.

Cette disposition témoigne de l'intérêt que portaient les décemvirs au maintien des constructions et à la prospérité de la culture de la vigne, puisqu'ils n'hésitaient pas à sacrifier le droit du maître de l'objet volé. Ils lui reconnaissaient d'ailleurs le droit de demander justice pour le tort qui lui avait été causé ; le constructeur de la maison ou le propriétaire de la vigne qui avaient fait usage de l'objet volé encouraient la peine du double. C'est une atténuation de la peine prononcée contre les receleurs. On a pensé sans doute qu'il était difficile ici au chef de maison de reconnaître si la pièce de bois incorporée à sa construction ou l'échalas employé à soutenir sa vigne étaient réellement sa propriété (3).

VI. *Sanction du vol.* — En droit classique, le vol est sanctionné par deux actions distinctes : l'une qui a pour objet d'infliger une peine au voleur, l'action *furti,* l'autre qui tend à la réparation du

(1) Festus, v° *Tignum*. Voy. *supra*, p. 278.
(2) Festus, v° *Sarpiuntur*. Cf. Pampaloni, Arch. giur., XXX, 253 ; XXXI, 399.
(3) On remarquera que les Douze Tables ne distinguent pas, comme l'a fait le droit postérieur, entre le constructeur de bonne et de mauvaise foi, celui-ci contre lequel l'action *ad exhibendum* était permise indépendamment de l'action *de tigno juncto* (Ulp., 37 ad Ed., D., XLVII, 3, 1, 1), celui-là contre lequel la revendication n'était pas possible une fois qu'il avait payé le double. Inst., II, 1, 29.

préjudice, la *condictio furtiva*. A la place de cette dernière, la victime du vol peut, si la chose n'a pas péri, exercer la revendication contre tout tiers détenteur. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit : le vol n'était sanctionné que par l'action *furti*. La *condictio furtiva* n'existait pas encore : cette action a été introduite par la jurisprudence, aux derniers siècles de la République (1). L'exercice de l'action *furti* n'excluait pas, il est vrai, celui de la revendication pour les *res mancipi,* mais la revendication n'avait pas pour but de réparer le préjudice causé au demandeur par suite du vol : on ne pouvait l'exercer quand le voleur avait détruit la chose. Puis l'obligation de réparer le préjudice ne pouvait naître qu'à la charge du voleur, tandis que la revendication était possible contre tout possesseur de la chose, par exemple, contre un tiers qui l'avait acquise de l'auteur du vol.

Est-ce à dire que l'ancien droit n'avait pas songé à accorder à la victime du vol une réparation pour le préjudice causé? Il est difficile de le croire, lorsqu'on voit que l'action *furti* se donnait au double ou au triple de la valeur de la chose. S'il n'existe pas d'action spéciale en réparation du préjudice, c'est que les idées de peine et de réparation étaient alors confondues. Au lieu d'être exclusivement pénale, comme en droit classique, l'action *furti* était mixte, comme l'action de la loi Aquilia : elle tendait à la fois à punir le défendeur et à réparer le préjudice (2).

Lorsque, plus tard, les idées de réparation et de peine se dégagèrent l'une de l'autre dans l'esprit des jurisconsultes, l'action *furti* continua à être donnée pour faire punir le voleur, et l'on créa une action nouvelle, la *condictio furtiva,* pour faire indemniser la victime du vol. Mais pour ne pas priver celui qui avait souffert du vol des avantages que lui procurait l'exercice de l'action *furti,* on décida que l'indemnité serait calculée d'après la plus haute valeur de la chose depuis le vol (3), et qu'elle serait due, même si la chose avait péri par cas fortuit. En réalité, cette action avait pour objet l'estimation de la chose bien plus que la chose elle-même. Si cependant la formule tend à transférer la propriété de la chose (*dare oportere*), et non à allouer une indemnité au demandeur (*dare facere oportere*), c'est sans doute qu'au moment où elle fut créée, on ne connaissait pas encore les *condictiones* ayant pour objet une valeur indéterminée. La jurisprudence fut conduite à considérer la chose même comme l'objet de

(1) *Veteres*, dit Tryph., 15 Disput., D., XIII, 1, 20; Gaius, IV, 4, emploie le mot *receptum*, qui se dit des créations de la jurisprudence.
(2) Voigt, *J. N.*, III, 1037.
(3) Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 1, 8 pr., 1

l'action, pour permettre à la victime du vol d'invoquer la loi Calpurnia. On arriva ainsi à ce résultat singulier que signale Gaius : le défendeur est tenu de transférer la propriété d'une chose au demandeur qui n'a pas cessé d'en être propriétaire.

La concession de la *condictio* à la victime du vol fut une aggravation de peine pour les voleurs. Tandis qu'autrefois, en payant le double de la valeur de la chose, ils étaient quittes envers celui qu'ils avaient dépouillé, lors du moins que la revendication n'était pas possible, désormais ils furent tenus, en outre, de l'indemniser du préjudice causé.

D'après les Douze Tables, l'action *furti* se donne au double ou au triple, suivant les distinctions que nous avons fait connaître. Au lieu d'être fixe, comme dans l'action d'injures, le quantum de la peine varie suivant la valeur de la chose volée, mais représente uniformément soit le double, soit le triple de cette valeur. L'évaluation de la chose pouvait être faite d'un commun accord entre les parties (1), ou par un arbitre choisi par elles. Cet accord ou pacte pouvait intervenir en tout état de cause et mettait fin au procès (2). A défaut de pacte, il appartenait au juge de fixer la dette née à la charge du délinquant (*pro fure damnum decidere*) (3). Le juge n'avait à tenir compte, dans son estimation, que de la valeur vénale de la chose, et non de l'intérêt de la victime du vol (4).

3. — Des torts causés à la propriété foncière.

Les décemvirs se sont préoccupés d'assurer le respect de la propriété foncière contre les déprédations dont elle pourrait être l'objet. Ils ont prévu quatre cas pour lesquels ils ont édicté des peines plus ou moins graves.

1. Celui qui sans droit abat un arbre appartenant à autrui, est frappé de la même peine que celui qui insulte un de ses concitoyens : il doit payer vingt-cinq as (5). Cette disposition s'applique non seulement aux arbres fruitiers, mais même aux échalas qui servent de soutien à la vigne (6). Il n'est pas nécessaire qu'on ait

(1) Diocl., C. J., VI, 2, 13; Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 14.

(2) Plaut., Pœn., I, 6, 25.

(3) Le rôle du juge est caractérisé par ces mots dans l'action dirigée contre un complice et dans l'action *furti noxalis*. Il devait en être de même dans les autres cas, peut-être avec cette différence qu'il était chargé *pro furto damnum decidere*, et non plus *pro fure*. Cf. Voigt, II, 552; contra Lenel, *E. P.*, 263.

(4) Plaut., Curc., V, 2, 20; Ulp., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 50 pr. Ce que dit Ulpien (40 ad Sab., D., eod., 19 pr., 1, 4) sur la façon de désigner la chose volée lorsqu'on intente l'action *furti*, prouve également qu'on ne cherche à connaître que la valeur vénale de la chose. Cf. Ulp., D., eod., 52, 29.

(5) Pline, H. n., XVII, 1, 7. Cf. Gaius, IV, 11; Paul, 18 ad Ed., D., XII, 2, 28, 6.

(6) Pline, XIV, 1, 9; Virg., Ecl., V, 30; Gaius, 1 ad XII Tab., D., XLVII, 7, 2.

agi clandestinement (1). Si celui qui a abattu l'arbre d'autrui a cherché à se l'approprier, il est traité comme un voleur et encourt de ce chef une nouvelle peine (2).

2. Celui qui fait paître nuitamment un animal sur le champ d'autrui, au temps de la moisson, encourt une peine rigoureuse : il doit être pendu à un arbre consacré à Cérès (3). Si le fait avait lieu en plein jour, ou même de nuit, mais sans intention, par exemple, si le propriétaire a oublié de faire rentrer l'animal dans l'étable, il n'est tenu qu'à la réparation du préjudice causé.

3. La même peine est encourue par celui qui, nuitamment et avec intention, coupe la récolte d'autrui : il est pendu à un arbre consacré à Cérès (4). Si le fait a lieu en plein jour, il est considéré comme un vol.

4. Les Douze Tables contenaient une disposition relative à celui qui, par des artifices magiques (*incantatio*), avait attiré sur son champ la moisson d'autrui (5).

4. — Usure.

L'une des dispositions les plus importantes, au point de vue social, que contiennent les Douze Tables, est celle qui limite le taux de l'intérêt de l'argent. Le maximum que l'on peut exiger, c'est l'*unciarium fœnus* (6). On a longuement discuté sur la signification de cette expression. On est aujourd'hui presque unanimement d'accord pour reconnaître que l'*unciarium fœnus,* comme son nom l'indique, n'est autre chose que le douzième du capital. Cela représente un intérêt de 10 pour 100 pour l'année de douze mois. C'était un taux très modéré, eu égard à la rareté du numéraire à cette époque.

La sanction de la loi était très rigoureuse : les usuriers étaient plus sévèrement punis que les voleurs non manifestes. La peine

(1) Le mot *succidere* n'a pas cette signification. Latr., in Sen., contr., X, 4, 13.

(2) Octav., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 27, 26; Paul, 39 ad Ed., D., XLVII, 7, 8, 2. L'action de *arboribus succisis* est confondue par Accarias, II, 458 (4ᵉ éd., 1891), avec l'action prétorienne *arborum furtim cæsarum.* Mais la première entraîne une peine fixe, la seconde, la peine du double ; la première suppose *arbores succisæ,* la deuxième défend de *cingere, subsecare, cædere ;* elle suppose en outre qu'on a agi furtivement. Ulp., 38 ad Ed., D., eod., 7, 4; Paul, 9 ad Sab., D., eod., 5 pr. Cf. Lenel, *E. P.*, 268.

(3) Pline, H. n., XVIII, 3, 12.

(4) Pline, loc. cit.; Ulp., 40 ad Sab., D., XLVII, 2, 21 pr.

(5) Serv., in Virg. Ecl., VIII, 99. Cf. Aug., *C. d.*, VIII, 19; Ovide, *Rem. am.,* 255; Tib., I, 8, 19. Les textes ne disent pas quelle était la peine encourue. Saint Augustin la désigne par le mot *supplicium.* Sous l'Empire on appliquait ici la peine du feu ; il est vraisemblable que telle était la peine édictée par les décemvirs. Cf. Piso in Plin., H. n., XVIII, 6, 41.

(6) Tac., *Ann.,* VI, 16.

prononcée contre eux était du quadruple (1). Lorsque la loi Genucia eut prohibé le prêt à intérêt, on cessa de distinguer entre le prêteur à intérêt (*fœnerator*) et l'usurier (2).

5. — Des torts commis par un impubère.

La différence fondamentale qui sépare les pubères et les impubères, au point de vue de la responsabilité des torts qu'ils commettent, provient de ce que les impubères n'ont pas le discernement nécessaire pour comprendre la portée de leurs actes. Par conséquent, toutes les fois qu'un tort, pour être punissable, supposera la volonté de celui qui l'a commis, l'impubère sera exempt de la peine édictée par la loi. Il en est vraisemblablement de même dans le cas où une chose volée a été cachée dans la maison d'un impubère *sui juris*. On ne peut exiger de lui qu'il fasse la police de sa maison : il en serait souvent incapable matériellement ; parfois même il n'habite pas cette maison, lorsqu'il est confié aux soins d'une agnate. Mais peut-être faudrait-il déclarer le tuteur responsable.

Si l'impubère n'encourt aucune peine, il n'en doit pas moins réparation du dommage qu'il a causé, quelle que soit la nature du tort qu'il a commis (3). Toutefois, cette obligation n'a pas paru suffisante, et dans trois cas, la loi des Douze Tables a jugé à propos d'édicter une peine même contre les impubères : 1° en cas de vol manifeste ; 2° dans le cas où l'impubère a nuitamment fait paître un animal (*pecus*) sur le champ d'autrui au temps de la moisson ; 3° dans le cas où il a coupé nuitamment la récolte d'autrui. Dans ces trois cas, les décemvirs décident que l'impubère sera battu de verges dans la mesure déterminée par le magistrat (4). Le magistrat jouit ici d'un pouvoir discrétionnaire. C'est

(1) Cat., R. r., præf., 1.

(2) C'est pour cela qu'on n'a pas conservé le mot qui dans l'ancienne langue latine désignait l'usurier. On trouve cependant dans les glossaires un mot usité chez les paysans pour désigner le *fœnerator* et qui, selon toute apparence, est l'antique dénomination de l'usurier : c'est le mot *darnus* ou *darnua*. Salemo, gloss., v° *Danus*.

(3) Cf. Goldschmidt, *Archiv f. civ. Prax.*, XXXIX, 440 ; Ihering, *De la faute*, 14.

(4) Aulu-Gelle (XI, 18, 8) ajoute que, dans le premier cas, l'impubère devra réparer le dommage (*noxiam sarcire*), ce qui est l'application du droit commun pour les impubères. Pline, au contraire (H. n., XVIII, 3, 12), indique une option (*noxiamve duplionemve decerni*) : l'impubère devrait réparer le dommage (en nature?) ou payer le double : de plus, d'après le texte de Pline tel que le donnent les manuscrits, cette obligation ne se cumulerait pas avec la peine corporelle. Comment expliquer la différence établie entre le vol manifeste et les deux autres cas, ainsi que l'option entre la réparation du dommage et le payement du double ? Mommsen (Bruns, *Fontes*, 29) pense que la peine corporelle concernait exclusivement l'impubère *sui juris*, tandis que l'alternative entre la réparation du dommage et la peine du double s'appli-

lui qui statue sur le tort commis par l'impubère ; il peut, suivant les circonstances, prononcer contre lui une peine plus ou moins sévère ou même le renvoyer absous.

§ 4. — *Des torts qui ne donnent lieu qu'à la réparation du dommage.*

Ces torts présentent un caractère commun : ils supposent, en général, des rapports de voisinage entre celui qui en est l'auteur et celui qui en est la victime. C'est sans doute pour cela que toute idée de peine est écartée; c'est aussi pour cela qu'on admettait, dans divers cas, une réparation en nature (*noxiam sarcire*), et qu'on ne recherchait pas si l'acte avait été commis par dol ; dans d'autres cas enfin, les torts étaient réprimés d'après l'arbitrage d'un homme de bien.

1. *Travaux effectués par le propriétaire d'un fonds supérieur et qui modifient d'une manière préjudiciable le cours naturel de l'eau qui s'écoule sur le fonds inférieur.* — Il s'agit ici d'une restriction apportée au droit de propriété dans l'intérêt de l'agriculture. Le propriétaire d'un fonds rural doit s'abstenir de faire certains travaux qui pourraient être préjudiciables à son voisin. Ces travaux doivent avoir pour objet de détourner ou de rendre plus rapide le cours naturel de l'eau pluviale qui s'écoule d'un fonds supérieur sur un fonds inférieur (1). La restriction concerne les fonds ruraux ; elle ne s'applique pas aux fonds urbains (2). Elle suppose des travaux faits de main d'homme (3) : si le cours naturel de l'eau est modifié par un tremblement de terre, une inondation ou tout autre cas de force majeure, le propriétaire du fonds supérieur n'en est pas responsable (4).

Cette restriction au droit de propriété était écrite dans les

quait à l'impubère fils de famille. A l'appui de cette distinction, Mommsen invoque Gaius, IV, 75, relatif aux délits commis par des fils de famille. Mais dans ce texte Gaius indique une alternative bien différente. Le chef de maison a le choix entre l'abandon noxal de son fils et la réparation du préjudice causé : il n'est pas question du payement du double. Voigt (I, 720 ; II, 542) propose de lire *noxiamque duplione decerni*. Cette correction le conduit à en proposer une autre pour le texte d'Aulu-Gelle, car on ne voit pas pourquoi l'on aurait traité l'impubère pris en flagrant délit de vol moins sévèrement que celui qui a coupé nuitamment la récolte d'autrui. C'est par une négligence dont on a d'ailleurs d'autres exemples qu'Aulu-Gelle parle de la réparation du dommage sans indiquer qu'elle est portée au double. En présence de textes probablement incorrects, il est difficile de se prononcer. Un fait est certain, c'est le châtiment corporel infligé à l'impubère.

(1) Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 3, 1, 1, 2.

(2) Cic., Top., 10.

(3) Cic., Top., 4; Sab. Cass., ap. Ulp., 53 ad Ed., D., eod., 1, 8.

(4) Lab., ap. Paul, 49 ad Ed., D., eod., 2, 6.

Douze Tables (1). Elle avait pour sanction une action donnée au propriétaire du fonds inférieur contre le propriétaire actuel du fonds supérieur. Cette action pouvait être exercée, même si les travaux avaient été continués à travers un *locus publicus* (2). Que si ces travaux avaient été effectués uniquement sur un *locus publicus,* il fallait recourir à un interdit (3). On n'a pas à rechercher si les travaux ont été faits par le propriétaire actuel, ou par son prédécesseur, ou par un tiers (4). L'action portait le nom d'action *aquæ pluviæ arcendæ* (5).

L'arbitre invitait le défendeur à restituer les lieux dans l'état antérieur; faute de quoi, il le condamnait à payer une indemnité pour le dommage futur. L'arbitre n'avait pas à tenir compte du dommage antérieur à la *litis contestatio* (6). La condamnation n'était prononcée que si l'ordre de l'arbitre demeurait sans résultat; il s'écoulait par conséquent un intervalle plus ou moins grand entre le *jussus* et la condamnation (7). Telle est du moins l'opinion d'Alfenus (8) ; elle convient parfaitement à l'époque où l'on procédait par une formule arbitraire. En était-il de même dans l'ancien droit ? L'arbitre avait-il le pouvoir de condamner, c'est-à-dire d'évaluer le préjudice causé au demandeur ? Cela ne nous paraît pas douteux : les arbitres, institués en vertu de la loi, avaient les pouvoirs les plus étendus pour ordonner tout ce que commandait l'équité (9).

L'arbitre n'avait donc pas plus que le juge le droit de contraindre le défendeur à faire : d'ordinaire il venait à bout de sa

(1) Pomp., 7 ex Plaut., D., XL, 7, 21 pr. : Sic et verba legis XII Tab. veteres interpretati sunt : Si aqua pluvia nocet, id est si nocere poterit.

(2) Paul, 16 ad Sab., D., XLIII, 8, 5 : Si per publicum locum rivus, aquæductus, privato nocebit, erit actio privato ex lege XII Tab., ut noxa domino arceatur. Cf. Burckhardt (continuation de Glück), III, 55; Lenel, *E. P.*, 302; Voigt, I, 726.

(3) Lab. ap. Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 3, 3, 3; 1, 18; Jav., 10 ex Cass., D., eod., 18 pr.

(4) Ulp., eod., 4, 2, 3; Paul, 49 ad Ed., eod., 11, 2. Plus tard on fit la distinction. Cels., ap. Ulp., eod., 6, 7.

(5) Pomp., 10 ex var. lect., D., XXXIX, 3, 22, 2, appelle cette action *legitima.* Pour la faire valoir, on avait recours à l'*arbitri postulatio*. Cic., Top., 9 : Aqua pluvia jubetur ab arbitro coerceri. Cf. Alf., 4 Dig., eod., 24 pr.

(6) Ulp., eod., 1, 1; 6, 6.

(7) Jul., ap. Paul, eod., 11, 3 : Is cum quo agitur... et damni dati et operis non restituti nomine damnandus sit... Magisque existimat id servandum in aquæ pluviæ arcendæ actione, quod in actione damni infecti, quia utrubique non de præterito sed de futuro damno agitur.

(8) Alf., 41 Dig., eod., 24, 2 : et nisi faceret condemnare.

(9) Un passage des Douze Tables confirme d'ailleurs le pouvoir que nous attribuons aux arbitres pour le cas particulier de l'estimation de *falsa vindicia lata :* « Si vindiciam falsam tulit, si velit is, (præ)tor arbitros tres dato. Eorum arbitrio (rei) fructus duplione damnum decidito. » Fest., v° *Vindiciæ*. D'autre part, Cic., P. Cluent., 41, dit : « æstimationem litium non esse judicium. »

résistance par la menace d'une condamnation. Mais si le défendeur était insolvable, la condamnation même prononcée ne pouvait pas conduire à un résultat pratique.

Le préteur porta remède à cette situation en forçant le défendeur à promettre d'indemniser le demandeur du préjudice que lui causera l'inexécution de l'ordre donné par l'arbitre (1). S'il refusait, le préteur envoyait le demandeur en possession du fonds du voisin pour rétablir lui-même les lieux dans l'état antérieur. Le voisin était tenu de lui rembourser le montant des frais, sinon le préteur rendait un second décret en vertu duquel il attribuait au demandeur la possession *ad usucapionem;* le propriétaire récalcitrant courait le risque de perdre sa propriété s'il laissait écouler les délais de l'usucapion sans rembourser au demandeur le montant de la dépense. S'il refusait de laisser son voisin exécuter le travail, le préteur donnait contre lui une action *in factum* (2).

Tout cela nous montre jusqu'à quel point les Romains poussaient le respect de la liberté des citoyens. Le préteur lui-même ne pouvait contraindre un citoyen à faire un acte contre sa volonté : il ne pouvait qu'autoriser la victime à faire elle-même les travaux, et menacer le propriétaire de perdre sa propriété s'il ne faisait pas le remboursement (3).

(1) On n'exige de satisdation que si la promesse est faite au nom d'autrui. Lenel, *E. P.*, 299; Voigt, II, 610; Accarias, II, 612.

(2) Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 2, 15, 36.

(3) Voigt, II, 608, pense que le propriétaire du fonds était, dans l'ancien droit, tenu de *opus restituere* ou de *noxam cavere*. Le défendeur à l'action *aquæ pluviæ arcendæ* aurait été, dès cette époque, tenu de fournir caution pour le dommage futur. Voigt en trouve la preuve dans un texte où Paul dit que l'action dérivant des Douze Tables a pour but *ut noxa domino caveatur* (16 ad Sab., D., XLIII, 8, 5). Mais la leçon du manuscrit n'est pas certaine : la Florentine porte *carveatur;* une correction de seconde main a écrit *caveatur*. (Voy. l'édition du Digeste de Mommsen.) Même en admettant cette correction, le sens du texte n'est pas satisfaisant, car il n'est pas contestable que l'action eût pour objet principal le rétablissement des lieux dans l'état antérieur. Aussi est-il très vraisemblable que l'original portait *arceatur* au lieu de *carveatur*. Il y a d'ailleurs une raison décisive qui empêche d'admettre le *noxam cavere :* l'ancien droit n'a pas de forme de contrat appropriée à un engagement de cette nature. Voigt a aperçu l'objection et essayé de la résoudre. Il a découvert dans les sentences de Paul un titre (V, 10) où il est question de la caution *damni infecti,* et qui a pour rubrique *De contrahenda auctoritate;* il en a conclu que telle était la dénomination primitive usitée pour *noxam cavere*. Cette conclusion, on l'avouera, n'est rien moins que certaine : pourquoi Paul aurait-il donné à une institution prétorienne une qualification se rapportant à un mode de garantie du droit civil auquel il ne fait pas la moindre allusion? On serait, à notre avis, plus près de la vérité en disant que Paul traitait, sous cette rubrique, de l'*auctoritas,* conséquence de la mancipation, dont il parle dans II, 13, 7. Le passage correspondant des sentences a disparu par suite d'une erreur des compilateurs du Bréviaire d'Alaric; il doit y avoir une lacune dans le manuscrit, et c'est pour cela que le contenu du titre 10 n'est pas en rapport avec l'indication de la rubrique. On voit sur quelles bases fragiles repose l'opinion de Voigt :

2. *Défaut d'entretien d'une maison qui menace de s'écrouler sur le fonds voisin.* — L'édit du préteur prévoit plusieurs cas dans lesquels le propriétaire d'un fonds peut éprouver un dommage par suite du mauvais état de la maison, de l'arbre ou du terrain de son voisin, ou bien encore par suite des travaux exécutés sur son fonds pour établir un aqueduc. Dans ces divers cas, le préteur oblige le voisin à promettre de réparer le dommage qui peut se produire : c'est là une restriction au droit de propriété. Le propriétaire n'est pas libre de laisser sa maison en mauvais état, de ne rien faire pour prévenir l'éboulement de son terrain ou la chute de son arbre, dès l'instant que son voisin peut en souffrir. Il ne peut pas dire qu'il ne fait qu'user de son droit et qu'il ne doit compte à personne de sa conduite. S'il est vrai qu'il ne commet pas un acte contraire au droit, du moins doit-il éviter de nuire à son voisin.

Cette restriction au droit de propriété remonte à l'ancien droit. Aucun doute n'est possible en présence d'un passage de Gaius qui affirme l'existence d'une action de la loi donnée en raison d'un *damnum infectum* (1). Mais c'est là à peu près tout ce que l'on sait de certain. Le cas où l'on pouvait recourir à cette action de la loi, la procédure à suivre, l'objet même de l'action : tout cela est plus ou moins hypothétique.

Voici cependant un fragment de Julien qui jette quelque lumière sur l'objet de l'action *damni infecti*. Julien rapproche cette action de l'action *aquæ pluviæ arcendæ* et se demande s'il y a lieu de condamner le défendeur en raison du dommage causé et du défaut de réparation (*operis non restituti nomine*); il répond que, dans les deux cas, on ne doit s'occuper que du dommage futur. L'action *damni infecti* a donc le même objet que l'action *aquæ pluviæ arcendæ:* elle tend à *opus restituere,* c'est-à-dire à mettre la maison ou le terrain dans un état tel qu'on n'ait pas à redouter le dommage qui menace actuellement le voisin.

Mais cette conclusion s'applique-t-elle à l'action de la loi *damni infecti?* Est-elle conforme au droit ancien ou au droit nou-

sur un fragment du Digeste dont la leçon est douteuse, et sur une rubrique qui n'a aucun rapport apparent avec le contenu du titre. Ce n'est pas tout : admettons pour un instant que l'expression *auctoritatem contrahere* désigne le moyen de *noxam cavere;* il faudrait encore expliquer comment cette garantie pouvait être donnée. Voigt a imaginé le procédé suivant : le défendeur mancipait son fonds au demandeur, à charge de le lui remanciper ; celui-ci le lui remancipe en effet séance tenante, mais sous la clause *ut noxia nocenda sarciatur.* L'auteur oublie de nous dire comment le défendeur pourra être forcé à manciper son fonds alors qu'on n'a pu le forcer à *opus restituere.* Si le défendeur n'entend pas satisfaire à la demande qui lui est adressée, il refusera tout aussi bien de se prêter à une mancipation qu'à l'exécution des travaux.

(1) Gaius, IV, 31.

veau sur le *damnum infectum?* Pour prévenir toute espèce de doute à cet égard, il suffit de remarquer qu'en dehors de la *cautio damni infecti* établie par le préteur, les Romains n'ont pas connu d'autre action *damni infecti* que l'action de la loi de ce nom. Il n'y a pas ici, comme pour l'action *aquæ pluviæ arcendæ,* de formule d'action qui ait été substituée à l'action de la loi. Gaius dit que, de son temps, il n'y avait que deux cas où il fût possible de *lege agere,* et l'un de ces cas est précisément celui qui nous occupe. C'est grâce à cette singularité que l'on trouve dans quelques fragments appartenant aux jurisconsultes classiques la mention de l'action de la loi *damni infecti* (1).

Lorsque le défendeur refusait d'*opus restituere,* l'arbitre estimait l'importance du préjudice que le demandeur était exposé à subir et condamnait le défendeur à payer une somme équivalente au demandeur (2).

(1) Paul, 49 ad Ed., D., XXXIX, 3, 14, 2, dit à propos de l'action *aquæ pluviæ arcendæ :* « in hoc judicium sicut in damni infecti futurum damnum venit, cum reliquis fere omnibus judiciis præteritum præstatur. » Cela ne peut se rapporter qu'à l'action de la loi, car la *cautio damni infecti* ne constitue pas un *judicium.* Cf. Wlassak, *Römische Prozessgesetze,* 1888, p. 243.

(2) Nous n'avons aucune donnée précise sur les cas d'application de la *legis actio damni infecti.* On peut simplement conjecturer que le législateur avait eu en vue le dommage résultant de l'effondrement d'une maison. Étant donné le mode de construction des maisons, le fait était de nature à se produire assez souvent. Les murs étaient en briques (*latericius paries,* Varr., ap. Non., 48, 13; Cat., R. r., 14, 4), faites avec de la terre séchée au soleil; ils offraient peu de résistance à l'humidité. Pour peu que la toiture ne fût pas en bon état, les murs s'écroulaient (Plaute, Most., I, 2, 26). D'autre part, le toit était très lourd et exerçait une forte poussée sur les murs latéraux. Il y avait bien à cette époque un intervalle de cinq pieds entre les maisons; mais c'était insuffisant pour protéger les voisins au cas où la maison s'écroulait. — Un point plus obscur est celui de savoir comment la *legis actio d. i.* subsistait encore au temps de Gaius, malgré la suppression des actions de la loi par les lois *Juliæ judiciariæ.* A cette question se rattache celle de savoir pourquoi cette action de la loi ne fut pas remplacée, sous le système de procédure formulaire, par une action donnant lieu à la délivrance d'une formule écrite. Nous savons trop peu de chose sur cette *legis actio* pour tenter une explication; aucune de celles qu'on a proposées ne nous paraît satisfaisante. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze,* 260, pense que les lois judiciaires de la fin de la République avaient trait principalement à la forme de la procédure. Si la *leg. a. d. i.* a survécu à ces lois, c'est que dans sa partie essentielle elle était extrajudiciaire. C'est pour le même motif que la *pignoris capio* est encore mentionnée dans la *lex metalli Vipascensis.* Les lois judiciaires eurent tout au plus pour conséquence de ne plus faire considérer comme nécessaires les paroles solennelles de la *leg. a.* La *leg. a. d. i.* consistait probablement en une sommation, faite solennellement au voisin, d'avoir à prendre des mesures pour écarter le danger. A l'appui de cette conjecture, Wlassak fait remarquer que le préteur, avant d'accorder la caution *d. i.*, exigeait un acte du voisin : si le droit civil eût permis d'agir *de plano,* il n'est pas probable que le préteur se fût montré plus exigeant. Si le voisin ne tenait pas compte de la sommation, on allait devant le préteur. L'effet de la sommation était de créer à la charge du voisin l'obligation de prendre des mesures pour prévenir le danger; s'il ne remplissait pas cette obligation, le propriétaire menacé puisait dans l'acte solennel qu'il avait accompli le droit d'agir en justice contre lui. La *leg. a. d. i.* aurait donc compris deux phases : l'une extrajudiciaire, l'autre devant le magistrat.

3. *Empiétement sur le* confinium. — Nous avons vu que la loi des Douze Tables prescrivait de laisser un espace libre de cinq pieds entre les fonds ruraux. Si l'un des propriétaires empiétait sur le *confinium*, on chargeait trois arbitres de déterminer les limites propres à chaque fonds (*fines regere*) (1).

Le débat avait ici le caractère d'un *jurgium*. Les parties intéressées indiquaient respectivement les limites qu'elles prétendaient avoir (*demonstratio*) (2). A défaut d'accord, les arbitres statuaient (*fines dirimere*) (3), puis ils fixaient les limites au moyen de pieux (*depalare*) (4) qui étaient plus tard remplacés par des bornes (*termini*) (5). Les arbitres ordonnaient ensuite le rétablissement des lieux dans leur état normal, sinon condamnaient le contrevenant à payer une indemnité (6).

L'action *finium regundorum* ne s'appliquait qu'aux fonds ruraux (7) qui avaient été l'objet d'une limitation solennelle (*agri limitati*). Elle ne s'appliquait pas aux contestations relatives aux limites tracées, par exemple lors d'un partage.

L'action *finium regundorum* comporte, à l'époque impériale, une double application : elle sert à trancher les contestations de *fine* et de *loco*. Il y a contestation de *loco* lorsque l'empiétement commis par l'un des propriétaires dépasse deux pieds et demi (8). L'action *f. r.* jouait ici le rôle d'une action en revendication, en même temps qu'elle servait à fixer les limites. Il ne paraît pas que l'ancien droit ait connu cette application de l'action *finium regun-*

Cette conjecture nous paraît difficile à accepter. Si le danger est imminent et qu'on doive attendre un certain temps pour savoir si le propriétaire veut ou non prendre des mesures pour le prévenir, il sera trop tard quand on ira devant le préteur : dans l'intervalle la maison se sera écroulée. Nous croirions plutôt que la *leg. a. d. i.* était exclusivement extrajudiciaire ; par suite, qu'on n'avait pas besoin de se rendre à Rome, ni d'attendre un jour faste pour se présenter devant le magistrat. (Arg. GAIUS, IV, 29.) La caution *d. i.* suppose, il est vrai, tous ces délais ; mais aux derniers siècles de la République, les maisons étaient plus solidement construites. Le propriétaire menacé se faisait justice lui-même : nous ignorons comment il était indemnisé.

(1) CIC., De leg., I, 21 : e XII tres arbitri fines regemus. BOÈCE, sur CIC. Top., p. 307 : regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

(2) FRONT., De fer. Als., III, 23 : utrique *demonstrationem* sui quisque limitis ostendunt. APUL., Met., IX, 35 : amicos plurimos ad *demonstrationem*... corrogarat.

(3) ULP., 19 ad Ed., D., X, 1, 2, 1 ; *C. I. L.*, III, 586. *Ephem. epigr.*, II, 340.

(4) *C. I. L.*, VI, 1268 ; ORELLI, 1432.

(5) *C. I. L.*, I, 608-614.

(6) PAUL, 23 ad Ed., D., X, 1, 4, 3. Voy. *supra*, p. 277.

(7) ULP., 19 ad Ed., D., X, 1, 2 pr.

(8) FRONTIN, De controv., p. 13. L'action *f. r. de loco* a une portée plus large que la revendication. Dans celle-ci, la question des limites n'est pas soulevée, tandis que dans l'action *f. r. de loco* elle se pose en même temps que la question de propriété. La nécessité d'une action spéciale *f. r.* tient à ce que, dans la plupart des cas, le demandeur ne pourrait préciser suffisamment l'objet de sa revendication ; puis, à ce que le débat a le caractère d'une *benevolorum concertatio*, et non d'une *lis*. Cf. VANGEROW, *Lehrb. der Pandekten*, 7e éd., 1876, III, 488.

dorum ; elle n'avait trait, comme son nom l'indique, qu'à la contestation *de fine* (1).

L'action *finium regundorum*, en droit classique, confère au juge le pouvoir de rectifier les limites antérieurement établies, lorsqu'il estime que c'est le meilleur moyen de prévenir des difficultés ultérieures ; dans ce cas, il adjuge à l'un des propriétaires des parcelles de la propriété du fonds voisin, moyennant une redevance à payer à celui-ci (2).

4. *Incendie par imprudence d'une construction ou d'un tas de blé placé près d'une maison.* — L'incendie par imprudence obligeait celui qui en était l'auteur à réparer le dommage causé (*noxiam sarcire*) (3). L'action qui sanctionnait cette disposition portait vraisemblablement le nom d'action *ædium incensarum* (4). Cette action présente une remarquable particularité : le défendeur qui était hors d'état d'indemniser la victime de l'incendie aurait été, d'après le droit commun, exposé à être *addictus,* et par suite à perdre la liberté. C'eût été une peine bien sévère pour une simple imprudence ; nul n'était sûr d'y échapper : si le hasard voulait que l'incendie prît de grandes proportions et s'étendît à tout un quartier, celui qui en était la cause involontaire n'aurait pu, quelle que fût sa fortune, réparer les conséquences du désastre. La loi admit un tempérament : le magistrat, au lieu de prononcer l'*addictio,* fut autorisé à infliger une peine corporelle légère. Ce tempérament, indiqué par Gaius, paraît bien remonter aux Douze Tables (5).

5. *Dommage causé par un quadrupède de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux.* — Les propriétaires sont, dans certains cas, responsables des dommages causés par leurs animaux. Il faut, pour cela, d'après les Douze Tables, qu'il s'agisse d'un quadrupède (6) et, de plus, que ce quadrupède soit de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux. Il fallut une loi, la loi Pesulania, pour étendre aux chiens la disposition de la loi décemvirale (7).

(1) Karlowa, *Beiträge zur r. Pr.*, 1865, 141 ; Voigt, II, 639 ; Lenel, *E. P.,* 166.

(2) Inst., IV, 17, 6 ; Voigt, II, 642, pense que ce pouvoir a été attribué au juge par analogie de ce qui avait lieu dans l'action *familiæ erciscundæ,* et en vertu de la loi Mamilia.

(3) Gaius, 4 ad XII Tab., D., XLVII, 9, 9. Cf. Paul, De pœnis paganorum, Coll., XII, 6, 1 ; Sent., V, 20, 3.

(4) Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 13.

(5) Callistrate, 6 de cogn., D., XLVIII, 19, 28, 12. Voigt, II, 539, n. 15, fait remarquer avec raison que l'action *incensarum ædium* ne doit pas être considérée comme tendant, suivant les cas, à réparer le dommage ou à une peine corporelle. Le demandeur ne pouvait être juge de la solvabilité ni courir le risque de perdre son procès en réclamant une indemnité, alors qu'il aurait dû demander un châtiment corporel.

(6) Servius, ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 4, Ulp., eod., 1 pr., 2.

(7) Paul, Sent., I, 15, 1.

Celui qui a subi un dommage par le fait d'un de ces animaux est autorisé à poursuivre le propriétaire par l'action *de pauperie*. En vertu de cette action, le propriétaire de l'animal est obligé de réparer le dommage ou de faire l'abandon de l'animal (1). On ne veut pas que le maître soit tenu au delà de la valeur de l'animal : telle est la limite extrême de sa responsabilité.

En droit classique, le maître n'est responsable que si l'animal a causé le dommage par un acte contraire à la nature de son espèce, ce qui n'a pas lieu s'il s'agit d'un animal féroce. Cette distinction prouve que, dans la pensée des jurisconsultes, l'action *de pauperie* était motivée par une faute imputable à l'animal ou au maître. Il n'est pas vraisemblable que cette distinction remonte aux Douze Tables : l'idée de faute est étrangère à l'ancien droit (2).

5 *bis. Dommage causé par un animal* (pecus) *qu'on a laissé paître dans le champ du voisin au temps de la récolte.* — Ce cas doit être rapproché du précédent, à cause de l'analogie qui existe entre le fait prévu dans les deux dispositions. La règle posée ici par les Douze Tables diffère de la précédente à plusieurs points de vue :

1° Il ne s'agit plus ici d'un dommage quelconque, mais du cas où l'on a laissé un animal chercher sa nourriture dans le champ d'autrui au temps de la récolte (3). 2° C'est par le fait, ou tout au moins par la négligence du maître, que l'animal a été dans le champ du voisin (4). Si l'animal a été paître dans le champ d'autrui sans qu'on puisse l'imputer à son maître, c'est l'action *de pauperie* qu'il faudra exercer (5). En d'autres termes, tandis que dans l'action *de pauperie* l'on se préoccupe du dommage causé par l'animal, dans l'action *de pastu*, on envisage la conduite de celui qui est chargé de le faire paître. 3° La règle s'applique à tous les animaux (*pecora*) même non quadrupèdes, par conséquent aux poules, aux oies, etc. (6).

Cette disposition des Douze Tables était sanctionnée par l'action *de pastu* (7). On ignore quel était l'objet de cette action. Certains auteurs pensent (8) qu'elle devait tendre à la réparation

(1) Q. Muc., ap. Ulp., loc. cit., 1, 11; Ulp., eod., 1 pr.; Inst., IV, 9 pr.
(2) Ihering, *La faute*, 14, 49; Voigt, II, 601.
(3) Festus, v° *Impescere* in lætam segetem : pascendi gratia immittere. Col., R. r., I, 3, 7 : pecudes negligentius pascere.
(4) Cic., De or., II, 70, rapporte une facétie d'Appius l'ancien dans une séance du Sénat, où l'on reprochait vivement à Lucilius de faire paître ses troupeaux sur les terres publiques. Ce troupeau n'est pas à Lucilius, dit-il, en paraissant prendre sa défense, c'est un troupeau sans maître qui va paître où il lui plaît.
(5) Paul, Sent., I, 15, 1.
(6) Pomp., 17 ad Q. Muc., D., IX, 2, 39, 1.
(7) Pomp., loc. cit.: Arist., in Ulp., 41 ad Sab., D., XIX, 5, 14, 3.
(8) Voigt, II, 538.

du dommage, parce que la loi ne pouvait, à l'avance, fixer un chiffre comme pour l'action d'injures, l'importance du dommage étant ici très variable. Cependant il semble difficile qu'on n'ait pas traité le maître de l'animal plus sévèrement dans le cas de l'action *de pastu* que dans celui de l'action *de pauperie*. Pourquoi y aurait-il deux actions distinctes, si la sanction était, dans les deux cas, la réparation du dommage ? Il serait possible que le tort réprimé par l'action *de pastu* donnât lieu à l'application d'une peine (1).

6. *Dommage consistant à détruire ou à détériorer une chose.* — Un fragment de Festus contient ces mots : *Rupitias* (*in*) *XII significat damnum dederit* (2). Quel est le dommage auquel les décemvirs faisaient allusion par le mot *rupitiæ?* Quelques auteurs ont pensé (3) qu'il s'agit de la rupture d'un membre ; ils ont corrigé en conséquence le texte de Festus et de P. Diacre, et lisent *rupit in* au lieu de *rupitias*. Cette conjecture est aujourd'hui abandonnée ; elle ne concorde pas avec l'interprétation de Festus ; il est difficile de croire que les décemvirs aient considéré comme un simple dommage un fait qu'ils punissaient de la peine du talion (4).

Un fragment d'Ulpien permet de déterminer à quel genre de dommage s'applique le mot *rupitiæ*. La loi Aquilia, dit ce jurisconsulte, dérogea à toutes les lois antérieures qui avaient visé les dommages causés sans droit, et notamment aux Douze Tables (5). Parmi les dommages qui tombent sous l'application de la loi Aquilia, il en est plusieurs auxquels convient la déno-

(1) F. Girard, *Les actions noxales*, 1888, p. 5, considère l'action *de pastu* comme une action noxale, à cause de Paul, I, 15, 1. « Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur ut aut domini æstimationem subeat aut quadrupedem dedat. » A première vue, ce texte semble en effet distinguer trois sortes de dommages sanctionnés respectivement par les actions *de pauperie* de la loi Aquilia et *de pastu*. Mais si l'action *de pastu* est noxale dans le même sens que l'action *de pauperie* et tend à l'abandon de l'animal, on ne voit plus la différence qui sépare ces deux actions : l'action *de pastu* ferait double emploi avec l'action *de pauperie*. Girard croit en effet qu'elle a simplement un domaine plus restreint que celle-ci. Alors elle n'a plus de raison d'être. Nous croyons au contraire qu'elle prévoit un tort tout différent imputable non plus à l'animal, mais au maître de l'animal ou au préposé du maître. D'où cette conséquence que si le préposé est un fils de famille ou un esclave, c'est ce fils ou cet esclave qui sera l'objet de l'abandon noxal, du moins dans l'opinion de ceux qui voient dans le *pastus* une simple *noxia*. D'autre part, pour que l'argument tiré du texte de Paul fût décisif, il faudrait pouvoir affirmer que le *depascere* donne toujours lieu à l'action *de pastu*. Voigt, II, 537, pense qu'il est réprimé par l'action *de pauperie*, lorsque le dommage a été causé sans qu'on puisse l'imputer à la négligence du maître. Ce qui semble confirmer ce doute, c'est que Paul ne parle que des quadrupèdes, tandis que l'action *de pastu* s'applique même aux bipèdes.

(2) Cf. P. Diac., v° *Rupitia*.

(3) Mommsen, *Rhein. Mus.*, XV, 464; Schoell, 141.

(4) A. Pernice, *Zur Lehre v. d. Sachbeschädigungen*, 1867, p. 3; Voigt, I, 721; Bruns, 29.

(5) La loi Aquilia prescrit une réparation pécuniaire qui croît au double en cas de dénégation, et dont le simple peut, même en cas d'aveu, dépasser la valeur du dom-

mination de *rupitiæ*. Tel est le cas de destruction d'une chose (*rumpere rem*), puis celui de détérioration (*frangere rem*), car, même à l'époque classique, le fait de *frangere rem* rentrait dans la notion générale de *rumpere* (1).

On ne connaît ni la sanction de la loi sur les *rupitiæ* ni le nom de l'action qui était donnée, ce qui ne doit pas surprendre, puisqu'elle a été, dès le cinquième siècle de Rome, remplacée par l'action de la loi Aquilia (2).

En résumé, dans les divers cas que nous venons d'examiner, les Douze Tables prescrivaient une réparation en nature du dommage causé. Dans les actions *aquæ pluviæ arcendæ, finium regundorum*, et, selon toute vraisemblance, dans l'action *damni infecti*, cette réparation consistait à *opus restituere*. L'action *ædium incensarum*, peut-être l'action donnée en cas de *rupitiæ*, tendaient à une réparation en nature (*noxiam sarcire*); l'action *de pauperie*, soit à une réparation en nature, soit à un abandon noxal. Quant à l'action *de pastu*, il est difficile de décider si elle rentre dans cette catégorie ou dans celle des actions pénales.

L'expression *noxiam sarcire* désigne une réparation en nature (3). Ce mode de réparation n'était possible que jusqu'au jugement dans les actions qui donnaient lieu à la *judicis postulatio*. Le juge fixait le montant de l'indemnité que le défendeur devait payer à défaut de réparation du préjudice causé ; il n'y a pas d'*arbitrium noxiæ æstimandæ* comme il y a un *arbitrium de membro æstimando*. Il en était autrement dans les actions où l'on procédait en demandant un arbitre. L'arbitre accordait le temps qu'il jugeait nécessaire pour satisfaire à l'ordre qu'il avait donné : en cas de désobéissance, il condamnait le défendeur à payer une indemnité en argent. Sous l'Empire, il n'est plus question de réparation en nature; au lieu de *noxiam sarcire*, on dit *æstimatione damnum sarcire* (4).

mage. Voigt, II, 532. La dérogation aux Douze Tables se réduisit sans doute à une modification de la pénalité. Voy. *supra*, p. 141.

(1) Cels., in Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 27, 16; Ulp., § 13, fait remarquer que « rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt : corruperit ».

(2) Voigt, II, 541, n. 10 et 19, pense que l'action devait s'appeler *de rupitiis*, et qu'elle tendait à réparer le dommage (*noxiam sarcire*). On ne peut, dit-il, supposer que la loi contint une autre sanction, car elle n'a pu fixer une taxe uniforme pour tous les dommages possibles. Voigt pense aussi (II, 540) qu'il y avait une action spéciale à laquelle il donne le nom d'action *de servo quadrupedeve pecude occelso*, et qui tendait, comme la précédente, à *noxiam sarcire :* il tire un argument à fortiori de ce que les Douze Tables punissaient la fracture d'un os d'un esclave (II, 528).

(3) C'est en ce sens que Caton, R. r., 2, 23, 31, parle de *dolia sarcire*, et le cahier des charges rédigé par les censeurs porte : *Sarta tecta habere*. Festus, v^is^ *Produit*, *Sarte*.

(4) Paul, V, 20, 3. Festus : *Sarcito* in XII Tab. significare damnum solvito, præstato.

Quelles actions donnaient lieu à la demande d'un juge ou d'un arbitre ? La demande d'un arbitre n'est attestée que pour l'action *aquæ pluviæ arcendæ* et pour l'action en bornage (1). Au surplus, toutes les fois que la réparation en nature n'est pas possible, le juge ou l'arbitre fixent immédiatement le montant de l'indemnité, par exemple dans l'action *aquæ pluviæ arcendæ* pour le dommage survenu entre la *litis contestatio* et le jugement (2).

Dans certains cas, au lieu d'ordonner une réparation en nature, on se contentait d'une indemnité en argent, fixée soit par les parties (*damni decisio* ou *litis æstimatio*), ou, à défaut, par un arbitre : par exemple, dans l'action en bornage pour les fruits perçus depuis la *litis contestatio* (3).

Dans l'action *de pauperie*, lorsque le maître de l'animal qui a causé le dommage en fait l'abandon noxal, on considère cet abandon comme un équivalent suffisant, sans examiner si le dommage est d'une valeur plus ou moins grande.

§ 5. — *Des torts commis par les personnes placées sous la puissance d'autrui.*

C'est une question délicate et encore imparfaitement élucidée que celle de savoir quelle est la situation respective du chef de famille et des tiers, dans le cas où un tort a été commis à leur préjudice par un fils de famille ou un esclave. Il y a ici en présence deux intérêts également respectables : celui du tiers qui a été victime du tort et qui demande une réparation, celui du chef de famille qui, en principe, a seul qualité pour punir les personnes soumises à sa puissance. Comment concilier ces deux intérêts ? Les Romains ont, croyons-nous, établi des distinctions suivant la nature des torts. De même que pour les actes illicites commis par un chef de maison, le mode de répression n'est pas uniforme.

Lorsqu'une personne placée sous l'autorité d'un chef de famille commet un tort envers un tiers, celui-ci peut, suivant les cas, prendre un de ces trois partis :

1° Porter plainte au chef de la famille à laquelle cette personne appartient ;

2° S'en prendre directement au chef et le citer devant le magistrat ;

(1) Voigt, I, 586, pense que l'action *ædium incensarum* donnait lieu à la demande d'un juge, ainsi que l'action donnée en cas de *rupitiæ* et l'action *de pauperie*.
(2) Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 3, 6, 6.
(3) Paul, 23 ad Ed., D., X, 1, 4, 2; X, 2, 56.

3° Exiger du maître de maison qu'il livre le coupable, à moins qu'il ne préfère payer à la victime une indemnité.

De ces trois partis, c'est le premier qu'il faut prendre lorsque le tort a le caractère d'une injure. Nous savons que cette dénomination convient non seulement au cas d'outrage, mais aussi au cas où l'on a coupé l'arbre d'autrui ; elle s'applique également à la fracture d'un os. Dans tous ces cas, le chef de famille, en qualité de magistrat domestique, est seul compétent pour connaître du tort commis par un membre de sa famille et pour lui infliger la peine qu'il mérite.

C'est une restriction au droit à la vengeance privée qui est la règle dans les sociétés primitives. La loi, qui a fixé à 25, 150 ou 300 as la rançon à payer dans le cas où l'injure a pour auteur un chef de maison, n'a pas cru pouvoir imposer au maître la responsabilité pécuniaire de l'injure commise par la personne placée sous sa puissance. Elle n'a pas permis cependant à la victime de se venger elle-même, elle a confié au magistrat domestique le soin de punir l'injure commise par un membre de sa famille. La punition devait être infligée en présence de la victime (1).

Le second parti est de droit, toutes les fois que le tort a été commis par une personne en puissance, sur l'ordre de son maître. Il en est de même lorsque le maître a donné après coup son approbation, ou a refusé de punir le coupable.

Enfin, il y a deux cas où le maître peut être invité à livrer le coupable : en cas de vol non manifeste ou de *noxia*. Dans ces deux cas, l'action donnée contre le maître prend le caractère d'une action noxale : le maître peut à son choix faire l'abandon noxal de l'auteur du tort, ou payer une indemnité pour réparer le préjudice causé.

Examinons les textes sur lesquels repose cette distinction. Tout d'abord, Sabinus (2) déclare que l'action noxale n'est donnée contre le maître, en raison d'un tort commis par son esclave, que si l'esclave a agi spontanément et non par ordre. Que si l'esclave a agi sur l'ordre de son maître, c'est le maître qui devra seul être poursuivi comme s'il était l'auteur du tort (3).

(1) C. Th., XIII, 3, 1, 1. Plaut., Mil., 503 :

Nisi mihi subplicium virgeum de te datur
Longum diutinumque a mane ad vesperum...
Nisi tibi subplicium stimuleum datur,
Dedecoris pleniorem herum faciam tuum,
Quam magno vento plenum'st undarum mare.

Dans un cas, cependant, la coutume antique fut conservée : la peine du talion était appliquée par la victime. Voy. *supra*, p. 340.

(2) Ulp., 38 ad Ed., D., XLVII, 7, 7, 5.

(3) Sabinus, in Gell., XI, 18; Paul, 2 ad Plaut., D., L, 17, 169 pr.

L'action ne sera plus ici une action noxale, mais une action directe. Le maître serait également tenu en son propre nom, s'il avait ratifié après coup l'acte commis par son esclave : telle est du moins l'opinion de Sabinus et de Cassius (1). Mais pour que le maître soit tenu personnellement, il ne suffirait pas qu'il ait eu connaissance du tort que l'esclave allait commettre : le droit antérieur à la loi Aquilia exige une manifestation de volonté de sa part (2).

La distinction qui vient d'être indiquée n'est pas sans intérêt pratique : lorsque le chef de famille est obligé personnellement, il peut être appréhendé au corps faute de payement de la rançon et attribué à la victime. Lors au contraire qu'il est poursuivi en raison du fait d'une personne placée sous sa puissance, il n'est exposé à la prise de corps que s'il refuse de livrer le coupable ou de payer le montant du dommage (3).

I. — Quelles actions ont reçu le caractère d'actions noxales? Ce ne sont pas, tant s'en faut, toutes les actions qui se donneraient comme actions directes, si le tort avait été commis par un chef de maison, ni même toutes celles qui résultent d'un tort commis par un chef de famille ou par un esclave. Il y a un certain nombre de torts qu'un fils de famille ou un esclave ne peuvent pas commettre, parce que ces torts supposent chez celui qui en est l'auteur la qualité de propriétaire, par exemple, l'usure, le recel, la consécration d'une chose au sujet de laquelle une contestation est soulevée.

Il y a aussi une action qui ne sera jamais donnée à titre d'action noxale : c'est l'action *rationibus distrahendis*. Le fils de famille ne peut, en effet, accepter la tutelle sans l'ordre de son chef de maison. Le père serait donc tenu directement du détournement commis par son fils en qualité de tuteur, si du moins on admet que le fils de famille fût, dans l'ancien droit, incapable de s'obliger personnellement.

Si maintenant nous envisageons les torts commis par une personne en puissance sans l'ordre de son maître, nous reconnaîtrons qu'ils ne donnent pas toujours lieu à l'abandon noxal : Gaius dit, en effet, que l'action d'injures n'a été rendue noxale que par l'édit du préteur (4). Sont noxales les actions résultant d'un vol ou d'une *noxia* (5).

(1) Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 14.
(2) Cels., in Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 4, 2, 1.
(3) Sur cette distinction qui n'a pas été aperçue par Sell, *Aus dem Noxalrechte der Römer*, 1879, p. 148, voy. Voigt, II, 585.
(4) Gaius, IV, 76.
(5) Pomp., 6 ad Sab., D., XXX, 45, 1 : Quod furtum fecit servus aut noxiam nocuit.

Cela comprend l'action de vol non manifeste, mais non l'action *furti ope consilio facti*, qui n'a été rendue noxale que plus tard (1). Quant à l'action de vol manifeste, nous verrons tout à l'heure qu'elle était soumise à une règle particulière.

La *noxia* est un acte dommageable qui nuit à autrui. L'incendie involontaire est considéré comme *noxia* (2). Il en était peut-être de même des divers cas désignés par le mot *rupitiæ*.

Si l'on rapproche les cas où l'action noxale était écartée par l'ancien droit de ceux où elle était admise, on arrive à cette conclusion : la responsabilité du maître n'est engagée que par les torts qui imposeraient au délinquant, s'il était *sui juris*, l'obligation de réparer le dommage, ou qui le frapperaient de peines servant pour partie à indemniser la victime. En sens inverse, la responsabilité du chef de maison cesse lorsqu'il s'agit de torts que la loi frappe de peines pécuniaires représentant le prix de la rançon du coupable, mais non la réparation du dommage causé. A l'appui de cette conclusion, nous ferons remarquer que l'action d'injures devint noxale le jour où elle cessa d'être exclusivement pénale, lorsque le juge reçut du préteur l'autorisation de tenir compte de l'intérêt du demandeur.

Nous considérerons donc comme n'étant pas noxales, d'après le droit civil, l'action d'injures et les actions analogues (3). Dans tous ces cas, celui qui a subi l'outrage ou qui en a souffert ne peut ni demander l'abandon noxal du délinquant, ni tirer lui-même vengeance de l'injure. Il ne peut pas se faire le juge et le justicier d'une personne soumise au pouvoir d'autrui ; cette personne n'est justiciable que du tribunal domestique. Le seuil de la maison romaine est infranchissable pour les magistrats de la cité, à plus forte raison pour un simple particulier. La victime de

Cf. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 4, 2, 1 : Si servus furtum faxit noxiamve nocuit. Varr., R. r., II, 10, 5; Pomp., loc. cit. : furtis noxiisque solutum. Dans une inscription découverte à Este, en 1880, et contenant des règles sur la compétence des magistrats municipaux en matière d'actions infamantes, on retrouve la distinction du vol et de l'injure au point de vue de l'action noxale : pour l'action *furti* seule on a jugé utile d'exclure l'action noxale. (Bruns, 100; Girard, 70.)

(1) Ulp., 41 ad Sab., D., XLVII, 2, 36, 2.

(2) Gaius, 4 ad XII, D., XLVII, 9, 9.

(3) Les actions *de membris ruptis, de ossibus fractis, de arboribus succisis*, peut-être aussi l'action *de pastu pecoris*. Dans les cas où l'acte constitutif de l'injure consistait dans la destruction ou dans la détérioration d'une chose, le maître qui n'était pas tenu d'une action noxale en raison de l'injure, pouvait être poursuivi noxalement en raison des *rupitiæ*. Cette assertion est confirmée par Paul (9 ad Sab., D., XLVII, 7, 1, et 22 ad Ed., D., eod., 11) pour l'action *de arboribus succisis :* on peut, dit-il, exercer l'action dérivant des Douze Tables et l'action de la loi Aquilia. Il en était vraisemblablement de même de l'action *de ossibus fractis :* si un esclave a le crâne fracturé par un animal, le maître de cet animal est passible de l'action noxale. Pourquoi en serait-il autrement si la fracture provient du fait d'un esclave?

l'injure n'a que la ressource de porter plainte au maître de la maison à laquelle appartient le coupable. Ce chef est seul compétent, en qualité de magistrat domestique, pour connaître du fait incriminé et pour punir le coupable.

Telle nous apparaît, à l'époque historique, la maison romaine. C'est une conséquence de l'engagement que les citoyens ont pris les uns envers les autres de se garantir respectivement leur propriété. Ce n'est pas là l'état primitif. L'indépendance des familles les unes à l'égard des autres, le droit réservé à chacun des chefs de punir les offenses commises envers les tiers par les membres de sa famille, auraient eu pour résultat, à une époque où les mœurs étaient encore grossières, d'allumer la guerre entre les familles.

En cas de vol et de *noxia,* le point de vue est tout différent. Le chef de famille reste bien juge du tort commis par une des personnes placées sous son pouvoir, en ce sens qu'il peut la punir comme magistrat domestique ; mais il peut être personnellement cité devant les tribunaux publics, afin d'être invité à faire l'abandon noxal de l'auteur du tort, sinon condamné à payer une indemnité en argent (1).

Le chef de famille poursuivi par l'action noxale a le choix entre ces deux partis, mais ce choix ne subsiste que jusqu'au moment où le demandeur, qui a obtenu gain de cause, réclame l'exécution du jugement. Si le défendeur ne livre pas immédiatement le coupable, la *manus injectio* sera exercée exclusivement pour la *litis æstimatio*. La victime du tort ne peut pas s'emparer du coupable contre le gré du maître de maison; elle ne peut pas non plus être forcée à le recevoir (2). Le maître de maison pourra seul être appréhendé au corps jusqu'à ce qu'il trouve un *vindex* prêt à acquitter le prix de la rançon (3). La faculté d'user de l'abandon noxal cesse également dans le cas où l'auteur du tort meurt après la *litis contestatio* (4) : le chef de maison ne serait pas libéré en offrant de remettre le cadavre, comme il a le droit de le faire si le décès a lieu avant la *litis contestatio* (5).

D'où vient cette différence dans la situation faite au père de famille suivant que le tort commis par son fils ou son esclave a le

(1) Gaius, IV, 75 : « Noxales actiones proditæ sunt, uti liceret patri dominove aut litis æstimationem sufferre aut noxæ dedere. » Cette *litis æstimatio* consiste soit à *noxiam sarcire,* soit à *damnum decidere,* suivant qu'il s'agit de *noxia* ou de vol. Cf. Voigt, *Bedeutungswechsel,* 132; Lenel, *E. P.*, 154; F. Girard, *op. cit.*, 36.

(2) Jul., 6 Dig. in Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 20, 5; Ulp., 56 ad Ed., D., XLII, 1, 6, 1.

(3) Gaius, 2 ad Ed. prov., D., IX, 4, 1; Non., 473, 21 : pretium pro noxa dabis.

(4) Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 16.

(5) Gaius, IV, 81.

caractère d'une injure, ou celui d'un vol ou d'une *noxia?* Pourquoi n'est-il pas dans tous les cas tenu de livrer le coupable ou de payer une rançon? Il y a là une singularité très remarquable et qui, cependant, paraît avoir échappé aux auteurs qui ont cherché à expliquer le principe de l'abandon noxal. Ils ont raisonné comme si l'abandon était permis dans tous les cas : il ne faut pas s'étonner que les explications proposées ne soient pas satisfaisantes.

II. — D'après certains auteurs, la responsabilité du maître aurait pour cause une faute qu'il aurait commise : s'il avait mieux surveillé son fils ou son esclave, il l'aurait empêché de porter tort à autrui. Cette opinion conduit à une conséquence démentie par les textes : si l'esclave a changé de maître depuis le jour où le tort a été commis, c'est son ancien maître qui devrait être tenu de l'action noxale, puisque lui seul a été en faute. Tous les jurisconsultes disent le contraire, par application de la vieille règle : *Noxa caput sequitur* (1).

D'autres auteurs pensent que les actions noxales ont pour cause une obligation personnelle dont les fils de famille et les esclaves seraient tenus en raison du tort qu'ils ont commis (2). Si l'action est dirigée contre le chef de la maison, c'est que le fils ou l'esclave ne peut ester en justice. On s'adresse à la seule personne contre laquelle la poursuite soit possible, au chef de famille, en tant qu'il a sous son pouvoir et en sa possession l'auteur du délit. Cette opinion paraît confirmée par un fragment d'Ulpien (3), qui présente l'esclave comme capable d'être le sujet d'une obligation. Mais ce point de vue est certainement étranger à l'ancien droit, qui considérait l'esclave comme une chose. Il n'a pu se produire qu'à l'époque où l'on a conçu l'idée d'obligations naturelles ; on ne doit pas être surpris de la rencontrer dans les écrits d'un jurisconsulte qui parle d'un droit commun aux hommes et aux animaux.

Voici, d'ailleurs, divers faits qui prouvent l'inexactitude de l'opinion qui considère l'esclave comme personnellement obligé par ses délits. D'abord, la distinction que nous avons signalée entre l'injure et le vol ou la *noxia :* si l'ancien droit avait admis que l'esclave pût s'obliger par son délit, pourquoi l'exception faite pour l'injure et les torts analogues? Il est certain que l'esclave n'est pas ici obligé, car, une fois affranchi, il peut être poursuivi

(1) Ulp., 37 ad Ed., D., IX, 4, 42, 2.
(2) Zimmern, *Das System der röm. Noxalklagen,* 1818, §10; Sell, *Aus dem Noxalrechte der Römer,* 26; Accarias, II, 1045.
(3) Ulp., 7 Disp., D., XLIV, 7, 14.

non pas pour les torts qu'il a commis étant esclave, mais seulement pour ceux qui donnent lieu à une action noxale. Puis, l'esclave ne peut être poursuivi pour un tort commis au préjudice de son maître, même après qu'il a été aliéné ou affranchi (1). Enfin, ce qui est décisif, c'est que l'abandon noxal est autorisé même pour les torts causés par un animal (*quadrupes pecus*), et qu'il est impossible de considérer l'animal comme un sujet d'obligation.

Une autre explication bien plus séduisante semble aujourd'hui prévaloir (2). L'abandon noxal serait un vestige du système de la vengeance privée qu'on trouve dans les sociétés primitives. Dans ce système, celui qui a été victime d'un tort cherche à s'emparer de l'homme ou de l'animal qui en est l'auteur, sans se préoccuper du droit du maître à qui il appartient. Pour éviter un conflit où il ne serait peut-être pas le plus fort, le maître livre le coupable à la vengeance de sa victime. Il en est de même en droit international : le *pater patratus* livre le citoyen coupable à la vengeance de la cité qu'il a offensée. Quant à l'indemnité que doit payer le maître à défaut d'abandon noxal, c'est un vestige du système des compositions légales qui appartient à une phase postérieure de la civilisation. Si le maître peut opter entre l'abandon noxal et le payement d'une indemnité, c'est qu'il était difficile ici de substituer d'une manière absolue le système de la composition légale à celui de la vengeance privée. On pouvait bien permettre au chef de maison de payer le montant de la composition, mais non l'y contraindre, parce qu'il n'était pas l'auteur du tort. Voilà pourquoi on lui a conservé la faculté de se prévaloir du droit antique et de laisser la vengeance privée suivre son cours.

Cette explication repose sur une simple hypothèse. De ce que le maître de maison peut, s'il lui plaît, livrer l'auteur du tort, on en a conclu que l'abandon noxal avait pour but de permettre à la victime d'assouvir son ressentiment : c'est une affirmation dénuée de preuve. Il n'y a pas dans les textes la moindre trace d'un châtiment qui ait jamais été infligé à celui qui a été l'objet d'un abandon noxal, en raison du tort qu'il a commis. Tout au contraire, on le présente comme ayant dans la maison de l'acquéreur une situation analogue à celle d'un esclave. Le fils de famille, objet d'un abandon noxal, est assimilé à l'enfant que son père a volontairement mancipé : tous deux doivent leurs services comme s'ils étaient des esclaves. Aussi Gaius considère-t-il l'abandon

(1) Gaius, IV, 77, 78.

(2) Dirksen, *Civilistische Abhandlungen*, 1820, I, 104; Ihering, I, 132; Bekker, *Aktionen*, I, 183; F. Girard, *op. cit.*, 48.

noxal comme ayant une valeur pécuniaire; c'est, pour qui l'obtient, un moyen de se procurer de l'argent (1).

Puisque le *noxæ deditus* est assimilé à un esclave, il devait comme lui être sous la protection du censeur. Nous savons, en effet, que l'affranchissement par le cens est pour le *noxæ deditus* le mode régulier d'arriver à la liberté. Le censeur devait également avoir le droit de réprimer les abus de pouvoir commis envers le *noxæ deditus* (2). Au temps de Gaius, l'institution de la censure ayant disparu, on vient d'une autre manière au secours des personnes qui ont été l'objet d'un abandon noxal : le maître qui se permettrait un simple outrage à leur égard serait passible de l'action d'injures.

Il n'y a donc pas de rapport direct entre le système de la vengeance privée et le principe de l'abandon noxal. En faut-il une preuve décisive? Si l'abandon noxal se rattachait au système de la vengeance privée, il devrait être admis surtout en cas d'injure : c'est là un tort qui, en raison même de sa nature, doit exciter la colère de celui qui en a été victime. Pourtant Gaius affirme que l'action d'injures n'a reçu le caractère d'action noxale qu'après sa transformation par l'édit du préteur. Il y a là un fait qu'on n'a pas essayé d'expliquer.

L'abandon noxal est, à nos yeux, une conséquence de la conception primitive de l'obligation. Dans la Rome antique, le droit du créancier portait sur le corps du débiteur. Le débiteur ne pouvait échapper à la *manus injectio* qu'en acquittant sa dette. Il en était ainsi dans le *nexum ;* il en était de même pour les torts commis par un maître de maison : cela résulte de l'exception qui est faite par la loi pour l'incendie par imprudence. Les décemvirs ont pensé que, dans le cas où l'incendie a fait des ravages considérables, il serait excessif de rendre responsable *in infinitum* l'auteur involontaire de l'incendie. Aussi, lorsqu'il est hors d'état d'indemniser ceux qui en ont été victimes, le magistrat doit-il se borner à lui infliger un léger châtiment.

Lorsque le tort avait été commis par un fils de famille ou un esclave, le droit du créancier n'était pas modifié : il portait toujours sur le corps de l'auteur du délit. Mais le chef de la maison à laquelle appartenait le délinquant avait la faculté de le soustraire à la prise de corps du créancier en offrant de réparer le préjudice causé. C'est ainsi que le citoyen *sui juris* insolvable échappait à l'*addictio* lorsqu'il trouvait un *vindex* pour payer sa dette.

(1) Gaius, I, 141.
(2) Denys, XX, 13.

Le droit reconnu au créancier peut-il se concilier avec le pouvoir souverain du maître de maison? Que devient l'indépendance respective des chefs de famille, si l'un d'eux peut forcer un père à lui livrer son fils, un maître à lui abandonner son esclave? Sans aucun doute le pouvoir du chef sur les personnes qui composent sa maison fléchit ici devant le droit du créancier. Mais le maître, qui serait forcé de se livrer lui-même s'il ne pouvait réparer le tort qu'il a commis, ne peut se refuser à livrer son fils ou son esclave lorsqu'il l'a en son pouvoir. D'ailleurs, la faculté qui lui est accordée d'éviter l'abandon noxal en payant une indemnité prouve le respect des Romains pour l'autorité du chef de famille : on ne veut pas qu'il soit privé contre son gré d'un instrument de travail auquel il attache un prix particulier.

De ce que le maître peut avoir une somme à débourser à la suite d'un tort commis par son fils ou son esclave, il ne faut pas en conclure qu'il soit responsable de leurs méfaits. S'il consent à les réparer, c'est par un acte de sa libre volonté; nul ne saurait l'y contraindre, pourvu qu'il fasse l'abandon de l'auteur du délit (1).

Toutes les règles relatives à l'abandon noxal confirment cette idée que le droit du créancier porte sur le corps de l'homme ou de l'animal qui en est l'objet. Ces règles peuvent d'ailleurs se résumer dans une règle générale : *Noxa caput sequitur* (2). En voici les conséquences :

α) Le droit du créancier s'éteint à la mort du délinquant, ou du moins il ne peut s'exercer sur le cadavre (3).

β) Si l'esclave change de maître, c'est contre le maître actuel que l'action noxale devra être exercée, et non contre celui qui était propriétaire de l'esclave au jour où le tort a été causé (4).

γ) Si l'esclave est affranchi, c'est contre lui que la poursuite devra avoir lieu, et non contre la personne qui en était propriétaire au jour du délit (5). L'action perdra son caractère d'action noxale : elle sera donnée comme action directe contre l'affranchi. Il en serait de même pour un fils de famille émancipé depuis le jour où le tort a été causé.

δ) Si un citoyen *sui juris* passe sous la puissance d'autrui après

(1) Chez les Germains, les membres de la famille étaient solidairement responsables de méfaits commis par l'un d'eux. Voy. Glasson, Cp[tes] R. Acad. d. Sc. mor., t. 124, p. 103. Dareste, *Études*, 391.

(2) Paul, II, 31, 8, 9; Cels., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 4, 2, 1. Cf. Gaius, IV, 77; Inst., IV, 8, 5.

(3) Jul., 9 Dig., D., IX, 4, 39, 4; Ulp., 37 ad Ed., eod., 42, 1. Gaius, IV, 81.

(4) Ulp., *cit.;* Gaius, IV, 77.

(5) Gaius, IV, 78.

avoir causé un tort qu'il n'a pas encore réparé, le chef de la maison dans laquelle il est entré sera passible de l'action noxale. La *capitis deminutio* n'a pas pour effet d'éteindre les dettes délictuelles (1). Paul en dit autant de l'action d'injures qui, d'après l'édit du préteur, était devenue noxale (2). Il ne faut pas s'étonner que les dettes délictuelles survivent à la *capitis deminutio* tandis qu'elles s'éteignent à la mort naturelle : la *c. d.* ne touche que la personne civile, l'individu considéré comme agnat, comme citoyen ; la personne physique subsiste.

Ces diverses applications de la règle *Noxa caput sequitur* ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec le système de la vengeance privée ; mais il s'agit de savoir si les Romains y ont vu des conséquences de ce système. On l'a prétendu en invoquant un fragment d'Ulpien (3). On n'a pas besoin, dit ce jurisconsulte, de plaider contre une personne qu'on a le droit de punir. Donc le but de l'action noxale est d'infliger un châtiment au coupable. Cette conclusion ne nous paraît pas fondée. L'explication d'Ulpien est tirée des circonstances particulières de l'espèce. Il écarte toute action contre le fils ou l'esclave, non pas pour une raison empruntée au caractère du fait qui donne lieu à l'action noxale, mais parce que le droit de juridiction du chef sur les membres de sa famille rend inutile le recours aux magistrats de la cité. Quant à la peine infligée au voleur, Ulpien n'en parle pas ; ce peut être une peine pécuniaire, telle que le retrait total ou partiel du pécule, aussi bien qu'un châtiment corporel. Or, pour pouvoir affirmer que le fragment d'Ulpien contient un souvenir du système de la vengeance privée, il faudrait qu'il visât exclusivement un châtiment corporel.

Ce texte doit donc être écarté comme étranger à la question qui nous occupe. En voici un qui va nous fournir les éléments d'une solution. Si un fils de famille, dit Gaius, commet un tort au préjudice de son père, un esclave au préjudice de son maître, l'action noxale n'est pas possible, même si le fils ou l'esclave passe sous la puissance d'autrui ou devient *sui juris*. La raison en est, ajoute Gaius, qu'une obligation ne peut prendre naissance entre

(1) ULP., 12 ad Ed., D., IV, 5, 2, 3 : Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. PAUL, 11 ad Ed., D., eod., 7, 1 : Actionum ex delicto venientium obligationes *cum capite ambulant*.

(2) VOIGT, II, 588, pense que le maintien des dettes délictuelles malgré la *capitis deminutio* n'existait pas dans l'ancien droit : c'est pourtant la conséquence directe de la règle *Noxa caput sequitur*.

(3) F. GIRARD, *op. cit*, 61. ULP., 39 ad Sab., D., XLVII, 2, 17 pr. : Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur, neque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare : idcirco nec actio ei a veteribus prodita est.

moi et celui qui est en ma puissance (1). Pourquoi? Parce que l'état d'obligé impose la nécessité de travailler comme un esclave au profit du maître. C'est ce que dit Varron du *nexus*, et Gaius caractérise presque dans les mêmes termes la situation du *noxæ deditus* (2). Mais cette nécessité existe déjà pour le fils et pour l'esclave. Le fait qui donne lieu à l'action noxale est donc, aux yeux de Gaius, un fait générateur d'obligation.

L'abandon noxal suppose une phase de la civilisation plus avancée que celle où la vengeance privée est admise : l'auteur du tort est considéré comme l'obligé de sa victime. Certes la notion d'obligation était à cette époque bien grossière encore, si tant est qu'on puisse en parler : du moins n'était-il pas permis, lorsqu'on avait été victime d'un tort, de se faire justice à soi-même, sans avoir au préalable fait reconnaître son droit par le juge. Une exception était admise en cas de rupture d'un membre et en cas de vol manifeste. Le voleur, s'il était *sui juris,* n'encourait pas une peine pécuniaire, mais un châtiment corporel : il était battu de verges, puis attribué par le magistrat à la victime du vol, qui pouvait le vendre à l'étranger.

Si le voleur manifeste était un esclave, il était permis de le tuer sur-le-champ (3). Sinon son maître était mis en demeure, par un décret du magistrat, de le livrer pour être battu de verges, puis précipité du haut de la roche Tarpéienne (4).

Si le voleur était un fils de famille, il fallait également un décret du magistrat pour forcer le père à le livrer. Il était alors, comme un citoyen *sui juris*, battu de verges, puis attribué à la victime du vol pour être vendu à l'étranger.

Il n'y a donc pas ici d'abandon noxal dans le sens qui a été indiqué : le coupable est livré par son maître, non à la victime du vol, mais au magistrat. Dans le cas même où l'*addictio* est prononcée, c'était un point très controversé entre les anciens jurisconsultes que de savoir si l'on devait l'assimiler à un esclave ou le traiter comme un *adjudicatus* (5). La situation particulière faite au voleur manifeste prit fin lorsque le préteur substitua à la peine des Douze Tables une peine pécuniaire du quadruple : dès lors l'action de vol manifeste devint noxale.

III. — Les personnes qui pouvaient être l'objet d'un abandon noxal étaient, d'une manière générale, les membres de la maison :

(1) Gaius, IV, 78.
(2) Varr., L. l., VII, 105; Gaius, I, 138, 140 : hunc pro pecunia habet.
(3) Ulp., 18 ad Ed., *Coll.*, VII, 3, 1.
(4) Gell., XI, 18. Plaut., Rud., II, 5, 17; As., III, 2, 23.
(5) Gaius, III, 189. Voy. *supra*, p. 159.

fils de famille (1), esclaves, femme *in manu*, enfants mancipés (2).

IV. — Comment se réalisait l'abandon noxal? Il était de règle à Rome que, pour faire passer une personne sous la puissance d'une autre, il fallait un acte par l'airain et la balance. C'est ainsi que se formait le *nexum;* l'abandon noxal se réalisait aussi par une mancipation (3).

V. — L'effet de l'abandon noxal variait suivant que l'auteur du tort était un esclave ou un fils de famille. L'esclave ne faisait que changer de maître : en droit, sa condition n'était pas modifiée; en fait, il devait perdre l'espoir d'obtenir la liberté. Son ancien maître ne devait, en général, consentir à le livrer que si l'indemnité à payer était supérieure à la valeur des services qu'il pouvait attendre de lui. L'esclave avait donc la perspective de travailler toute sa vie chez son nouveau maître sans parvenir à le dédommager complètement. Le fils de famille, comme le *nexus*, était, en fait, à partir de l'abandon noxal, dans une situation analogue à celle d'un esclave; mais aussi, comme le *nexus*, il conservait, en droit, la liberté et la cité. Sa condition juridique est caractérisée par l'expression *in mancipio*.

(1) A Athènes, l'action noxale n'était admise que pour les dommages causés par les animaux et les esclaves (Meier et Schoemann, *Der Attische Prozess*, II, 652; Leist, *Gr. ital. R. G.*, 500. Cf. Dareste, *La loi de Gortyne*, 35; Comparetti, *Museo italiano di antichità classica;* 1887, II, 601; et pour le droit hindou, Kohler, Z. f. vgl. Rw., III, 199.) D'après la loi de Gortyne (22), si un fils de famille est condamné à une amende, le père est simplement tenu de lui délivrer sa part des biens communs. La loi romaine n'accorde pas au fils le droit de demander le partage, du vivant de son père. Cela tient sans doute à ce que les Romains sont restés plus étroitement attachés que les Grecs au principe qui affecte les biens patrimoniaux aux besoins légitimes de la famille.

(2) Gaius, IV, 75; Lab. in Ulp., 12 ad Ed., D., XXVII, 6, 9, 1. Cf. Pomp., 14 ad Sab., D., IX, 4, 33, qui oppose à l'esclave toute personne libre en général. On a dit que cette règle souffrait une exception. L'abandon noxal se faisait au moyen d'une mancipation; or, en vertu d'une loi de Numa, les fils de famille mariés *farreo* ne pouvaient être vendus. On en a conclu qu'ils ne pouvaient pas être livrés par leur père à la suite d'une action noxale. Cette conclusion, en l'absence de textes, ne saurait être accueillie sans réserves. Il est difficile de croire que la loi de Numa s'appliquât à l'aliénation nécessaire motivée par un tort commis par le fils. Nous ne voyons pas pourquoi l'on refuserait au père ce moyen d'indemniser la victime du tort : ce n'est pas une considération d'ordre religieux qui s'y oppose, car il faudrait aller jusqu'à dire que si le chef de maison lui-même ne paye pas ses dettes, il pourrait se prévaloir de son mariage *farreo* pour échapper à la prise de corps de son créancier. La loi de Numa ne devait sans doute s'appliquer qu'à la vente volontaire par laquelle le chef de maison aurait essayé de tirer profit du travail de son fils en louant ses services à un tiers. Cf. Girard, *op. cit.*, 17, et *supra*, p. 175.

(3) Gaius, I, 141. Pour les *quadrupedes pecudes* qui ne sont pas *mancipi*, c'est-à-dire les brebis et les chèvres, il est probable qu'on se contentait de la tradition. Girard, 31. Aucun texte ne parle ici de l'*in jure cessio*. Voigt, II, 596, croit cependant qu'elle était nécessaire dans le cas où l'auteur du tort appartenait à un *infans*. D'après lui, le tuteur pouvait exercer une action de la loi, mais non faire une mancipation pour son pupille.

Le *noxæ deditus* ne restait pas indéfiniment sous la puissance de celui à qui on l'avait livré (1). Lorsque, par son travail, il avait fourni un dédommagement suffisant à la victime du tort, il devait être affranchi; c'était pour son maître un devoir de conscience. Le censeur veillait à ce qu'il n'oubliât pas de le remplir : il lui suffisait de rayer la mention « esclave de Publius » qui, sur les registres du cens, suivait le nom du fils de famille objet de l'abandon noxal. C'est là sans aucun doute l'application primitive de l'affranchissement par le cens (2).

En somme, au temps des Douze Tables, il y a lieu de ranger les torts commis par une personne en puissance, en quatre classes, d'après le mode de répression qu'ils comportent :

1° La vengeance privée continue d'être permise pour la rupture d'un membre, et pour le vol manifeste commis par un esclave.

2° L'exercice de la vengeance est confié au magistrat de la cité pour le vol manifeste commis par un fils de famille.

3° L'exercice de la vengeance est abandonné au magistrat domestique en cas d'injure.

4° Le droit à la vengeance privée est écarté pour les torts qui donnent lieu simplement à une réparation pécuniaire réunissant les caractères d'une amende et d'une indemnité.

Les torts de cette espèce furent peu nombreux à l'origine : le vol non manifeste et la *noxia*. On y joignit dans la suite le vol manifeste, lorsque le préteur eut substitué la peine du quadruple au châtiment corporel prévu par les Douze Tables ; on en fit autant pour l'injure, lorsque le préteur eut remplacé la rançon par une peine pécuniaire, variable suivant l'appréciation du juge (3). Cette

(1) Gaius, I, 141. Voy. *supra*, p. 186.

(2) Il est à remarquer qu'à aucune époque le devoir d'affranchir le fils de famille, mancipé pour cause de délit, n'a formé l'objet d'une véritable obligation. La clause de fiducie par laquelle l'acquéreur se serait engagé à affranchir n'était pas sanctionnée par l'action de fiducie, même au temps de Papinien (2 Definit., *Coll.*, II, 3). Il s'agissait ici d'une question de droit public qui sortait de la compétence ordinaire du juge pour entrer dans celle du censeur. Le fils de famille une fois affranchi retombait de plein droit sous la puissance de son père. — Gaius (I, 140) parle d'une clause par laquelle le père, en mancipant son fils, obligeait l'acquéreur à le lui remanciper. Cette clause s'appliquait-t-elle à l'abandon noxal comme à la mancipation volontaire ? Nous ne croyons pas que la victime du tort causé par un fils de famille fût tenue d'accepter une pareille clause : ce n'était pas au défendeur à lui imposer ses conditions. La clause de remancipation dont parle Gaius avait son utilité dans la mancipation volontaire faite en vue d'émanciper l'enfant; le père se réservait par là le droit éventuel à la succession du fils. Mais, en cas d'abandon noxal, elle n'avait aucune raison d'être, du moins pour le fils qui, de plein droit, rentrait sous la puissance paternelle après son affranchissement. Quant aux filles et aux petits-fils, pour lesquels une seule mancipation entraînait l'extinction de la puissance paternelle, le censeur pouvait inviter celui qui les avait reçus en raison d'un délit à les remanciper à leur chef de famille au lieu de les affranchir.

(3) L'action de la loi Aquilia est aussi une action noxale. Inst., IV, 8, 4.

extension de l'action noxale correspond à un adoucissement des mœurs publiques : à mesure que le système des actions noxales se développe, le système de la vengeance privée et celui de la rançon disparaissent.

B. — Actes licites solennels.

§ 1er. — *Les emprunteurs.*

Le plus important des actes licites pour lesquels les Romains ont de bonne heure demandé la garantie de l'État, c'est le prêt. Des causes diverses en avaient fait une nécessité de la vie sociale pour toute une classe de citoyens. Le plébéien, qui n'avait pour faire vivre sa famille que le maigre revenu de son *heredium*, celui à qui son travail manuel ne pouvait pas fournir un supplément de ressources, était souvent forcé d'emprunter au patricien qui trouvait dans l'exploitation des terres gentilices et des dépendances du domaine public une source abondante de revenus. Les guerres continuelles soutenues par les Romains rendirent plus misérable la situation de la plèbe. Tandis que le riche faisait, pendant son absence, cultiver sa terre par des esclaves, le champ du pauvre restait inculte. A leur retour dans leurs foyers, les plébéiens devaient emprunter pour remettre leurs terres en culture et pour payer l'impôt (1).

Mais à cette époque, emprunter, c'était presque fatalement courir à la ruine. Une mauvaise récolte suffisait pour mettre le débiteur hors d'état de se libérer. La perspective n'était guère plus favorable si la récolte était bonne ; l'abondance générale amenait forcément la baisse des prix. Un peu plus tôt ou un peu plus tard, l'emprunteur, dépouillé de tous ses biens, était destiné à aller dans la maison de son créancier grossir le nombre des prisonniers pour dettes.

C'est ainsi que la petite propriété foncière fut peu à peu absorbée par la grande. Au milieu du septième siècle, il n'y avait pas plus de deux mille citoyens qui eussent conservé leur patrimoine. Les autres avaient vu leurs terres passer aux mains de leurs créanciers. Il en était de même au temps de la loi Licinia (2).

Il y avait là un danger pour l'ordre public ; et le danger était d'autant plus grand que les créanciers n'usaient d'aucun ménagement envers leurs débiteurs. La plèbe proteste contre la

(1) Liv., VI, 12, 32 ; II, 34.
(2) Cic., De off., II, 21 ; Liv., VII, 22. Cf. Arnold. *Cultur und Recht der Römer*, 1868, p. 28 ; Ihering, II, 231.

rigueur avec laquelle les prêteurs exercent leur droit; c'est un sujet incessant de réclamations. Le tribunat fut institué pour protéger les plébéiens contre la cruauté des usuriers patriciens.

On sait la place considérable que tiennent, dans l'histoire politique et sociale des premiers siècles de Rome, les rapports de prêteur à emprunteur. Il serait intéressant de déterminer la nature juridique de ces rapports; mais les textes manquent de précision : il faut se contenter de conjectures. De là des divergences très nombreuses entre les auteurs (1).

Le récit des historiens met hors de doute ces deux points : 1° Le prêt était ordinairement placé sous la garantie de l'État; les emprunteurs ne contestent pas la légalité des mesures prises contre eux, ils se plaignent seulement de la dureté avec laquelle on les applique. Si les prêteurs n'avaient pu invoquer la protection de la puissance publique, ils auraient eu difficilement raison de leurs débiteurs. 2° La garantie accordée par l'État était très énergique. Le prêteur pouvait, faute de payement à l'échéance, emmener chez lui l'emprunteur et le traiter comme un esclave (2).

Le droit du prêteur semble avoir été plus étendu encore : il portait sur les biens de l'emprunteur. Les enfants y étaient également soumis, même si leur père était absent pour le service de l'État ou décédé (3).

La solennité requise pour placer le prêt sous la garantie de l'État porte le nom de *nexum*, et présente une si grande analogie avec la mancipation que certains auteurs de la fin de la République font rentrer la mancipation dans le *nexum*. Le *nexum* exige en conséquence : 1° la présence de cinq témoins, citoyens

(1) Ce serait dépasser les bornes de cet ouvrage que de discuter les diverses explications qui ont été proposées. DANZ, *Lehrb.*, II, 21-32, en cite quatorze. Il faut y joindre HARTMANN, *Die Obligation*, 1875, p. 27 ; VOIGT, II, 482 ; KUNTZE, *Die Obligationen im röm. und heutigen Recht*, 1886, p. 17. H. KRUEGER, *Gesch. der* capitis deminutio, 296 ; CARLE, *Le Origini*, 206 ; COGLIOLO, *Storia del diritto privato romano*, 1889, II, 120 ; SCHULIN, *Lehrb.*, 383.

(2) VARR., L. l., VII, 105 : Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debe[t, d]at, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus. Cf. sur ce texte Ch. GIRAUD, *Des* Nexi, 56. Voy. cep. VOIGT, II, 77.

(3) DENYS, VI, 29 ; LIV., II, 24 ; VIII, 28. Cf. SAVIGNY, *Verm. Schr.*, II, 447 ; HUSCHKE, *Ueber das Recht des* Nexum, *und das alte röm. Schuldrecht*, 1846 ; Ch. GIRAUD, *Des* Nexi, 72. WALTER, *Gesch. des röm. Rechts bis auf Justinian*, 3e éd., 1860, II, 248. Comment expliquer la faculté reconnue au prêteur d'arrêter les enfants et de vendre les biens de l'emprunteur ? Est-ce l'exercice d'un droit conséquence du *nexum*, ou tout au moins de l'*addictio* prononcée contre l'emprunteur qui a contesté sa dette ? Ou bien n'est-ce qu'un acte de force, une usurpation des droits de maître tolérée par l'usage ? Le *nexum* a-t-il pour objet exclusif les services de l'emprunteur, ou suppose-t-il que l'emprunteur engage en même temps tout ce qu'il possède, hommes et choses ? Il est difficile de le décider. On peut seulement remarquer que les mots *possidere, morari*, employés dans l'édit des consuls rapporté par Tite-Live, n'ont rien de juridique et désignent un simple état de fait.

romains et pubères; 2° la coopération d'un *libripens* et d'un *antestatus;* 3° une déclaration solennelle du prêteur (*nuncupatio*); 4° le pesage du cuivre remis par le prêteur (1).

La déclaration, qui est destinée à faire connaître le but de l'acte, diffère nécessairement de celle de la mancipation. Un passage de Gaius (2), relatif à la *solutio per æs et libram,* permet d'affirmer qu'elle se présentait sous la forme d'une *damnatio.* Il est en effet de règle qu'un droit s'éteint par une solennité identique, mais de sens inverse, avec celle qui a servi à le faire naître. Or, la déclaration de l'emprunteur contient, d'après Gaius, les mots : *quod ego tibi tot millibus condemnat*[*us sum*]. La *nexi datio* implique donc une *damnatio* du prêteur. Cette *damnatio* détermine l'étendue de la charge qui incombe à l'emprunteur : le montant du capital prêté et des intérêts, la date du payement.

La dénomination donnée à cet acte désigne, non pas comme le mot *mancipatio* l'un des éléments de la solennité, mais le résultat éventuel de l'acte placé sous la garantie de l'État. *Nectere,* dit Festus, signifie lier. L'emprunteur, faute de payement à l'échéance, doit se livrer pour être enchaîné (*nexum se dare*). Son corps servira à indemniser le prêteur du préjudice que lui cause ce non-payement (3). Sous ce rapport, le droit du prêteur ressemble à celui d'un maître et diffère essentiellement de celui d'un créancier. La ressemblance existe à un autre point de vue : si le droit du prêteur est contesté, on va devant le magistrat, mais l'emprunteur ne peut pas figurer comme partie au procès, il est considéré comme l'objet du débat; il faut qu'un tiers intervienne et prenne en main sa cause.

Ce tiers est appelé *vindex,* et cette dénomination est significative : elle confirme ce que nous venons de dire sur la nature du droit du prêteur et sur la situation de l'emprunteur dans l'instance. Le *vindex*, dit Festus, est ainsi appelé parce qu'il revendique l'emprunteur, afin qu'il ne reste pas détenu par celui qui l'a appré-

(1) La solennité du *nexum* peut-elle s'appliquer à toute espèce de choses susceptibles d'être pesées, ou seulement au prêt qui a pour objet une certaine quantité de cuivre? Nous n'avons d'autre indice, pour résoudre cette question, que la définition traditionnelle du *nexum*. C'est un acte qui suppose l'emploi du cuivre et de la balance. En était-il ainsi dès l'origine de Rome? Il est difficile de se prononcer. Les raisons que l'on a invoquées pour soutenir que le *nexum* pouvait avoir pour objet du blé, par exemple, sont insuffisantes. On a dit que, du temps de Caton, on pouvait prêter du blé en *mutuum;* mais ce genre de prêt a un caractère tout différent de celui du *nexum,* et nous ne croyons pas que l'on puisse conclure de l'un à l'autre.

(2) Gaius, III, 174, 175; IV, 21. Il est si vrai que c'est la *damnatio*, et non la pesée, qui donne naissance à l'obligation que l'emprunteur peut s'obliger à rendre plus qu'il n'a reçu : c'est ce qui a lieu dans le *fœnus* dont les textes parlent si souvent à propos du *nexum*. Cf. Bekker, I, 25.

(3) Tel est le sens de l'expression *corpus debitoris obnoxium* (Liv., VIII, 28) par

hendé au corps (1). Il est donc vrai que l'emprunteur est considéré comme un objet de possession, et que le droit du prêteur est un droit analogue au droit de propriété.

Quelle est la condition du *nexus?* Le prêteur peut le laisser en liberté (*nexus solutus*) (2). Le plus souvent il le conduit dans sa maison et peut le faire travailler à son profit comme un esclave, l'incarcérer, le charger de chaînes (*nexus vinctus*). Si, dans ce cas, le *nexus* s'évade, le prêteur peut le ressaisir de sa propre autorité (3). Que le *nexus* soit enchaîné ou laissé en liberté, il n'en conserve pas moins la qualité de citoyen, de chef de famille, d'agnat, d'ingénu; il ne subit pas de *capitis deminutio,* il peut même servir dans les légions, voter dans les comices. L'exercice de ses droits peut être paralysé par le *jus retinendi* du prêteur (4).

La situation des *nexi vincti* était misérable. Au lieu de les faire travailler à leur profit pour s'indemniser, les prêteurs les enfermaient dans des cachots et leur infligeaient les plus mauvais traitements (5). A plusieurs reprises le législateur dut intervenir pour apporter quelque adoucissement à la situation des débiteurs et pour prévenir les dangers que pouvait faire courir à la cité le mécontentement des classes pauvres. On essaya de divers moyens: l'assignation de terres du domaine public, la fondation de colonies, la remise partielle des dettes.

La loi Licinia Sextia, proposée en 377 par les tribuns Licinius et Sextius, et votée seulement dix ans après, malgré l'opposition du patriciat, fit remise des intérêts en retard, prescrivit d'imputer sur le capital ceux qui auraient été payés, et permit d'acquitter le reste en trois annuités (6). La capitalisation des intérêts, qui avait lieu sans doute à la fin de chaque année, se trouva ainsi défendue (7). La même loi chercha à assurer du travail au

laquelle Tite-Live caractérise la situation du *nexus* avant la loi *Pœtelia. Obnoxium* vient de *noxia,* qui désigne l'indemnité donnée en réparation d'un dommage.

(1) Festus : *Vindex* ab eo, quod vindicat, quo minus is, qui prensus est ab aliquo, teneatur.

(2) Cf. Gaius, ad Ed. præt. urb., D., L, 16, 48.

(3) Liv., VIII, 14.

(4) Liv., VIII, 28; II, 24; IV, 15; Denys, VI, 41.

(5) Liv., II, 23.

(6) Liv., VI, 35, dit qu'à cette époque il y avait une masse énorme de dettes. C'est par bandes que le magistrat adjugeait chaque jour les débiteurs à leurs créanciers. Les maisons des patriciens étaient pleines de prisonniers pour dettes.

(7) Chez un peuple d'agriculteurs dont les revenus étaient en grande partie annuels, les intérêts ne pouvaient guère être payés autrement que par année. Le mot *impendium,* qui sert à désigner les intérêts à l'époque primitive, montre qu'ils étaient ordinairement pesés en même temps que le capital. Varr., L. l., V, 36, 182. Plus tard, l'accroissement de la fortune mobilière, les relations avec les cités grecques, où l'usage était de payer 1 pour 100 par mois, firent adopter la *centesima usura,* qui se payait aux calendes de chaque mois. Cf. Giraud, *Des* Nexi, 15.

peuple en prescrivant aux propriétaires d'employer, à côté de leurs esclaves, un certain nombre d'ouvriers libres. Cette disposition n'eut sans doute qu'une efficacité momentanée : la main-d'œuvre servile étant moins coûteuse, les propriétaires durent s'efforcer d'éluder la loi (1).

En 397, les tribuns Duilius et Marcius firent voter une loi ramenant l'intérêt de l'argent à 12 pour 100, comme l'avaient décidé les décemvirs. Il est probable qu'on avait autorisé une élévation du taux légal après l'incendie de Rome en 390. En 403, l'État nomma une commission de cinq membres (*mensarii*) chargée de faire des avances aux citoyens qui étaient en mesure d'offrir des garanties pour le remboursement, et leur permit ainsi de satisfaire leurs créanciers (2). En 407, le taux de l'intérêt fut réduit à 6 pour 100, et l'on donna aux débiteurs qui payaient tout de suite un quart de leur dette la faculté de se libérer en trois annuités (3). Enfin en 412, la loi Genucia prit une mesure plus radicale et prohiba le prêt à intérêt.

Il faut reconnaître, d'ailleurs, que si les capitalistes abusaient fréquemment de leur situation pour exploiter leurs débiteurs, ceux-ci ne se faisaient pas faute de leur causer bien des ennuis. Les capitalistes étaient à la merci du premier venu, qui pouvait les accuser d'avoir extorqué des intérêts usuraires et les appréhender au corps, en attendant qu'ils eussent trouvé un *vindex* pour démontrer leur innocence. La loi Marcia coupa court à cet abus, en autorisant l'accusé à se soustraire à la contrainte privée et à introduire l'instance en personne, sans être obligé de constituer un *vindex* (4).

(1) Voy. cep. Niese, Hermes, 1888, p. 410.
(2) Liv., VII, 21. Cf. Mommsen, II, 522.
(3) Liv., VII, 16; Tac., Ann., VI, 16.
(4) Gaius, IV, 23, 24. C'est ce qu'on appelle *manus injectio pura*. La date de la loi Marcia n'est pas certaine : les uns la placent en 402, les autres en 568. Nous sommes porté à croire qu'elle fut proposée par C. Marcius Rutilus, consul en 402 (Liv., VII, 28). Les Marcii étaient des plébéiens, mais possédant une grande fortune et faisant cause commune avec les patriciens. (Cf. Rudorff, I, 47; Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, p. 119.) La raison qui nous détermine est tirée du rapprochement de cette loi avec une autre dont la date est bien connue : la loi Genucia. En 412, le tribun Genucius fit interdire le prêt à intérêt (*ne fænerare liceret*). La loi Marcia suppose au contraire que ce prêt est licite : elle doit par conséquent être antérieure. On a, il est vrai, objecté que la loi Marcia eut précisément pour but de compléter la loi Genucia, en contenant dans de justes limites le prêt gratuit suivi d'une stipulation d'intérêts. Gaius, dit-on, parle d'*usuræ*, et non de *fœnus*. Par suite, la loi Marcia serait de la deuxième moitié du sixième siècle, c'est-à-dire d'une époque postérieure à celle où le prêt gratuit fut juridiquement obligatoire. Il nous est difficile de croire que cette loi ait eu pour but de protéger les emprunteurs par simple *mutuum*. Cette sorte de prêt ne les exposait pas aux dangers du prêt à intérêt : non seulement le prêteur n'avait pas ici le droit d'exercer la contrainte privée sans un jugement préalable, mais la procédure qu'il était tenu de suivre

Le *nexum* ne s'appliquait pas seulement aux personnes, il pouvait également avoir pour objet une chose. L'emprunteur engageait son esclave ou un fonds de terre en échange d'un certain poids d'airain qui lui était livré (1). D'après le droit ancien rapporté par Varron, le prêteur n'acquérait pas la propriété de la chose engagée, pas plus que dans la première sorte de *nexum*, il ne devenait propriétaire de l'emprunteur : il acquérait sans doute le droit de jouir de la chose comme compensation de la privation de son argent. Son droit prenait fin lors du remboursement du capital. Il en était tout autrement au temps de Cicéron.

Cette sorte de *nexum* subsiste au temps de Gaius sous la forme d'un prêt accompagné d'une mancipation fiduciaire. Le prêteur, acquérant la propriété de la chose engagée, s'oblige par un pacte de fiducie à restituer la chose, lorsqu'il sera payé (2). Bien qu'à cette époque le prêteur fût propriétaire de la chose, on tenait compte de la faculté qui appartenait à l'emprunteur de recouvrer la propriété : l'emprunteur qui s'emparait de la chose qu'il avait mancipée fiduciairement ne commettait pas un vol (3).

§ 2. — *Les cautions.*

Le droit de créance est de sa nature un droit précaire. L'exécution de l'engagement contracté ou imposé au nom de la loi dépend de la bonne volonté du débiteur et de sa solvabilité. L'ancien droit met à la disposition du créancier un moyen de contrainte énergique pour vaincre la résistance mal fondée du débiteur; mais ce moyen peut rester inefficace ou procurer au

l'obligeait à accorder au débiteur un délai de trente jours pour prendre un juge. L'emprunteur à qui l'on réclamait des intérêts usuraires n'avait qu'à se laisser poursuivre et à faire la preuve de l'injustice de la demande. Bien différente était sa situation quand il avait emprunté dans la forme du *nexum*. Faute de payement à l'échéance, le créancier l'emmenait chez lui sans autre forme de procès. Par une juste compensation, on permit au débiteur qui avait dû payer pour éviter d'être appréhendé au corps, la faculté d'exercer un recours contre le créancier pour lui faire rendre gorge. — On attribue parfois à la loi Marcia la peine du quadruple édictée contre les usuriers. Mais le texte de Caton (*sup.*, p. 351) est peu favorable à cette opinion : il semble attribuer aux mêmes lois la peine du double prononcée contre les voleurs, et celle du quadruple contre les usuriers. Or la peine du double résulte des Douze Tables. Cf. Karlowa, *Civilprozess*, 197.

(1) Cette sorte de *nexum* est mentionnée par Varron (L. l., VII, 105) : « Nexum... id est quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum », et, avec un exemple à l'appui, par Cicéron, De harusp., 7 : « Multæ sunt domus in hac urbe... jure privato : jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. »

(2) Gaius, II, 60.

(3) Paul, Sent., III, 6, 16; Gaius, III. 201; II, 220.

créancier une satisfaction imparfaite, si le débiteur insolvable ne peut offrir au créancier que ses services. Pour prévenir ce résultat, le créancier doit, au moment où son droit va prendre naissance, exiger l'intervention d'une ou de plusieurs personnes qui s'engageront à prendre à leur charge l'obligation du débiteur, s'il ne l'exécute pas lui-même.

La pensée de faire appel à des cautions pour fortifier le droit du créancier apparaît de très bonne heure chez les Romains. C'est la règle générale pour les créances qui se forment au profit de l'État; on la trouve également dans certains cas où la créance appartient à des particuliers. Dans le premier cas, la caution porte le nom de *præs*, dans le second celui de *vas*.

Ces cautions diffèrent de celles du droit classique, soit au point de vue de la façon dont elles sont tenues envers le créancier, soit au point de vue du rapport qui existe entre l'obligation qu'elles contractent et l'obligation qu'elles viennent garantir. Le *præs* est tenu corps et biens de la dette (1); il en était vraisemblablement de même du *vas*. Leur situation était analogue à celle du *nexus*. D'autre part, l'obligation que contractent ces cautions a une existence indépendante de l'obligation du débiteur principal : le caractère accessoire de l'obligation de la caution ne s'est dégagé qu'à une époque ultérieure.

I. — L'ancien droit ne connaît d'autre forme de cautionnement entre particuliers que le *vadimonium*. Cette forme, qui existait au temps des Douze Tables (2), consiste en une déclaration solennelle par laquelle une personne, appelée *vas*, promet de payer une certaine somme d'argent au cas où un tiers n'exécuterait pas un fait déterminé (3). Le *vas* n'est ni un débiteur accessoire, ni un débiteur solidaire (4). Son obligation a un objet distinct de celui de l'obligation qu'il garantit : c'est une obligation subordonnée, comme celle qui résulte d'une stipulation de peine, à l'inaccomplissement d'un fait. Si la somme à promettre est importante, on exige plusieurs cautions (5); mais chacune d'elles n'est tenue que pour sa part (6). Il y a là une nouvelle différence entre ces cautions et celles du droit classique, qui sont tenues solidairement de toute la dette. Aussi n'y a-t-il pas de *convades* comme il y a des

(1) C'est ce que semble indiquer l'expression *venditio prædis*. Cic., Phil., II, 31.
(2) Gell., XVI, 10.
(3) Liv., III, 13; Denys, X, 8.
(4) Voigt, *Ueber das* vadimonium (Abh. der phil. hist. Classe der K. Sächs. Ges. der Wissenschaften), 1881, p. 299.
(5) Liv., III, 13; Sall., Jug., 35.
(6) Liv., III, 13 : Vades dare placuit, unum vadem tribus millibus æris obligarunt, quot darentur, permissum tribunis est : decem finierunt.

consponsores. L'ayant droit qui a des doutes sur la solvabilité de la caution peut exiger une sous-caution (*subvas*).

On ignore dans quelle forme avait lieu ce cautionnement; on sait toutefois qu'il fallait prononcer des paroles sacramentelles (*verba concepta*) (1).

Le cautionnement comportait, en matière civile, plusieurs applications. Il était d'usage d'exiger une caution du mancipant pour sûreté de l'obligation qui lui incombait de garantir l'acquéreur contre l'éviction. Pour se soustraire à cet usage dans les ventes publiques, on inscrivait au cahier des charges une clause déclarant qu'il ne serait pas donné de caution (2). La constitution d'un *vas* devait pareillement être usitée dans les ventes à crédit pour tenir lieu du payement du prix, et en cas de *nexum* pour garantir le remboursement à l'échéance.

On n'a pas de renseignements précis sur les effets du *vadimonium*, mais les quelques indications que contiennent les textes donnent à penser qu'il entraînait pour la caution des conséquences analogues à celles du *nexum :* il donnait lieu à la contrainte privée (*manus injectio*) (3).

Le *vas*, qui a dû payer au lieu et place du débiteur, a-t-il un recours contre lui pour obtenir son remboursement? En général, la caution intervient sur le mandat du débiteur et pour lui rendre service; aussi le droit classique lui donne-t-il l'action de mandat contre le débiteur principal. Mais le mandat n'avait pas, dans l'ancien droit, de caractère juridique, et par suite n'était pas sanctionné par la loi. Le seul fait qui autorisât la caution à exercer un recours contre le débiteur, c'est le fait matériel du payement (*depensio*) (4) effectué en cas de *vadimonium desertum*. Il pouvait sans doute exercer contre le débiteur l'action *depensi* accordée plus tard au *sponsor*.

II. — Le *præs* diffère du *vas* en ce qu'il garantit une créance appartenant à l'État (5). Le citoyen qui concluait un marché avec l'État (*manceps*) devait régulièrement fournir un ou plusieurs *prædes* pour garantir l'exécution de ses engagements.

(1) Cic., Ad Qu. fr., II, 15; *C. I. L.*, II, 5042; Bruns, 251; Girard, 707.

(2) Varr., L. l., VI, 8, 74. La *vadis datio* était sans doute la forme primitive de la *satis datio secundum mancipium* mentionnée dans l'inscription précitée.

(3) *Vadatus* a le sens de *vinctus*, *obstrictus*. Plaut., Bacch., 145. Cf. Karlowa, *Der röm. Civilprozess*, 325; Mispoulet, Revue de philologie, 1888, p. 1.

(4) Cic., Ad Brut., I, 18. Il m'est impossible, dit Cicéron, d'accomplir ce que j'ai promis à l'État comme *vas*, si celui que j'ai cautionné ne me laisse pas arriver à une *depensio*. Cf. Voigt, II, 499.

(5) Festus : *Præs* est is qui populo se obligat interrogatusque a magistratu, si præs sit, ille respondet : præs. Varr., L. l., VI, 74 : Præs qui a magistratu interrogatus in publicum ut præstet; a quo et cum respondet, dicit : præs. Festus : *Manceps* dicitur

Nous n'avons pas à nous occuper de cette application, qui est étrangère au droit privé (1) ; mais il en est une autre qui se rattache à la procédure par serment. Lorsque, dans une action en revendication, le magistrat attribue à l'une des parties la possession intérimaire de la chose litigeuse, il exige des cautions qui garantissent la restitution de la chose et des fruits, au cas où la partie adverse obtiendrait gain de cause. La caution s'oblige-t-elle ici envers le magistrat? On pourrait en douter, à la lecture de Gaius (2); mais ce serait contraire à tous les textes qui s'accordent à présenter le *præs* comme s'obligeant envers l'État. Gaius veut dire simplement que le *præs* s'engage dans l'intérêt de la partie adverse (3). Pourquoi donc l'État ou son représentant exige-t-il cette caution? C'est sans doute parce que, s'étant interposé pour arrêter l'exercice de la justice privée, il ne veut pas que celle des parties qui n'a pas obtenu la possession, alors qu'elle y avait droit, puisse lui reprocher de l'avoir mise hors d'état de recouvrer sa chose.

III. — A côté du *vas* et du *præs,* les textes mentionnent un autre répondant qui, à certains égards, ressemble à une caution, c'est le *vindex*.

Le *vindex* intervient ordinairement en faveur d'un citoyen qui a été appréhendé au corps par son créancier, ou par celui qui a obtenu un jugement contre lui. Son intervention a pour effet de faire relâcher le prisonnier jusqu'à ce qu'on ait statué sur la légitimité de la prise de corps.

L'analogie avec la caution se manifeste mieux encore dans le cas où le *vindex* garantit la comparution devant le magistrat d'un citoyen cité en justice. Anciennement, celui qui était sommé de se rendre devant le magistrat ne pouvait s'en dispenser, hors des cas prévus par la loi, si ce n'est en fournissant un *vindex* (4).

qui quid a populo emit conducitve... qui « idem præs » dicitur, qui tam debet præstare populo quod promisit, quam is qui pro eo præs factus est.

(1) Cf. Rivier, *Untersuchungen über die* cautio prædibus prædiisque, 1863 ; Goeppert, Z. f. R. G., IV, 249 ; Jourdan, *L'hypothèque,* 1876, p. 51 ; Kuntze, II, 506 ; Schulin, *Lehrb.*, 348.

(2) Gaius, IV, 16, 94.

(3) Mommsen, *die Stadrechte von Salpensa und Malaga* (Abh. der philol. hist. cl., der K. Sächs. Ges. der Wis.), 1855, p. 468 ; Voigt, *J. N.*, III, 705 ; *XII Taf.*, II, 54.

(4) Gaius, IV, 46. Cf. Lenel, *E. P.*, 54. Contra, Voigt, I, 578, qui pense que Gaius a employé ici à tort le mot *vindex* pour désigner un simple *procurator*. Cf. sur le *vindex,* Unger, Z. f. R. G., 1868, VII, 192 ; Exner, Z. f. R. G., 1878, XIII, 392 ; Demelius, Z. f. R. G., 1881, XV, 3 ; Hugo Krueger, *Gesch. der.* c. d., I, 192 ; Gauckler, *Nouv. Revue historique,* 1889, p. 601.

IV

LIBÉRATION DE L'ÉTAT D'OBLIGÉ.

L'état d'obligé, résultant d'une déclaration solennelle en forme de *damnatio,* ne prend fin qu'à la suite d'une déclaration également solennelle constatant à la fois la satisfaction donnée au créancier et la libération de l'obligé. Le payement pur et simple de la dette ne suffirait pas pour soustraire l'obligé au droit que le créancier a acquis sur sa personne. Ce droit a été placé, lors de sa naissance, sous la garantie de l'État; il ne peut s'éteindre que par un acte qui assure à la libération de l'obligé la garantie de l'État.

Cet acte sera ordinairement accompli par l'obligé; il pourrait l'être aussi par un tiers qui consentirait à acquitter sa dette. La solennité est analogue à celle du *nexum* et de la mancipation; elle exige l'emploi de l'airain et de la balance, la présence des parties intéressées accompagnées de cinq témoins et d'un porte-balance (1). L'obligé remet au porte-balance la quantité de métal dont il est débiteur, et lorsque le poids a été vérifié, il se déclare dégagé vis-à-vis de son créancier et complètement libéré (2).

La formule rapportée par Gaius s'applique exclusivement à une dette d'argent. Elle avait cependant une portée plus générale : Gaius dit en effet que ce mode de libération s'applique au legs *per damnationem,* lorsqu'il a pour objet une quantité certaine de choses qui se pèsent ou qui se comptent. Dans ce dernier cas, lors par exemple que le legs consiste en un certain nombre de têtes de bétail, il ne peut être question d'une pesée réellement effectuée : l'emploi de l'airain et de la balance n'avait lieu ici que pour la forme.

Il ne faut pas confondre avec l'acte qui met fin à l'état d'obligé les moyens que l'auteur d'un tort peut employer dans certains cas pour éviter l'état d'obligé. C'est ce qui a lieu, d'après la loi des Douze Tables, lorsque l'auteur d'un vol ou d'une injure transige avec la victime : un simple pacte suffit ici pour le mettre à l'abri de toute poursuite. De même lorsque l'auteur d'un tort, invité par le juge à fournir une réparation en nature (*noxiam sarcire*), a donné satisfaction avant le jugement.

(1) Gaius, III, 174.

(2) Le mot technique est ici *luere,* ou son composé *solvere,* qui exprime l'idée de délier celui qui est enchaîné.

CHAPITRE XII

La notion de crédit et les actes fiduciaires.

I

FORMATION DE LA NOTION DE CRÉDIT.

L'un des traits les plus remarquables de la civilisation primitive de Rome, c'est le peu de place qu'y occupe le droit. Si l'on jette un coup d'œil d'ensemble sur le chemin que nous avons parcouru, on sera frappé du peu de développement, de la pauvreté de l'ancien droit. Nous avons bien rencontré un certain nombre de dispositions sur la répression des torts causés aux personnes ou aux biens ; mais nous n'avons rien trouvé sur des actes sans lesquels la vie sociale nous paraît impossible : le mandat, le dépôt, le gage et tant d'autres actes qui remplissent les codes modernes.

Est-ce à dire que ces actes étaient inconnus aux Romains des premiers siècles ? Cela est vrai pour un certain nombre qui supposent un pays adonné au commerce et à l'industrie et qui n'avaient pas de raison d'être chez des agriculteurs ; mais la plupart des autres existaient déjà, bien qu'ils fussent loin d'avoir l'importance qu'ils ont acquise dans la suite.

I. — Quel était le caractère de ces actes ? On a prétendu qu'il y avait, en dehors des actes juridiques solennels que nous venons d'étudier, une seconde classe d'actes également consacrés par le droit, mais non solennels. Cette opinion est en contradiction avec tout ce que nous savons sur le développement historique du droit en général et du droit romain en particulier. C'est une loi de l'histoire du droit que plus on remonte dans la vie des peuples, moins on rencontre de dispositions légales servant à réglementer les rapports sociaux. Cela tient à deux causes : il y a un petit nombre d'actes qui peuvent se passer de la protection du droit, parce qu'ils sont réalisés aussitôt que conclus ; par suite, ils ne donnent naissance à aucun rapport entre les parties. La vente est l'un des principaux actes de cette espèce. Il y en a d'autres, et en plus grand nombre, qui trouvent dans les mœurs une sanction que la loi ne leur accorde pas. Ce sont les actes que nous appel-

lerons *fiduciaires* parce qu'ils reposent exclusivement sur la confiance (1).

Chez les peuples encore jeunes, la crainte de l'opinion publique, le désir de conserver l'estime de ses concitoyens ont une puissance suffisante pour assurer le respect des conventions. Ce n'est pas que les hommes eussent à cette époque des qualités morales, un sentiment du devoir plus développés que de nos jours, mais les conditions de la vie n'étaient pas les mêmes ; les conventions se formaient dans un cercle très restreint, entre personnes appartenant à un même quartier d'une même cité. Ces personnes, vivant dans un contact perpétuel, avaient besoin les unes des autres ; elles échangeaient continuellement de bons offices. Elles n'avaient guère la pensée de s'adresser aux membres des autres groupes, qui n'avaient ni le même culte, ni les mêmes intérêts, et qui étaient vis-à-vis d'elles comme des étrangers.

Les barrières qui séparaient les membres d'une même cité, et à plus forte raison les habitants de cités différentes, s'abaissèrent peu à peu devant les nécessités du commerce. La notion de crédit, qui avait pris naissance dans les rapports entre amis ou voisins, fut étendue à des personnes avec lesquelles on n'avait que des rapports d'affaires. Des conventions, qui jusque-là n'avaient été déterminées que par des raisons d'amitié, servirent à atteindre un but intéressé. Pour en assurer l'observation, on ne pouvait, comme autrefois, compter sur le sentiment de la réciprocité des bons offices ; il fallut demander à la loi un appui, une sanction que les mœurs ne pouvaient plus procurer. De là l'accroissement considérable des règles de droit. A côté du droit protecteur de la propriété, il y eut désormais un droit sanctionnateur.

L'étude du droit romain confirme de tous points la loi générale que nous venons de rappeler. La plupart des actes concernant les rapports sociaux étaient en dehors du droit. Il n'en était pas à Rome comme dans nos sociétés modernes, où le droit s'impose comme une nécessité à laquelle on ne peut se soustraire. De nos jours, que nous le voulions ou non, le droit étend sur nous son empire. A Rome, lorsqu'il s'agissait d'intérêts d'ordre privé, on était libre de les mettre sous la protection du droit ou de suivre la foi de celui avec qui l'on traitait. C'est pour cela que beaucoup d'actes qui nous paraissent indispensables aux relations journalières de la vie n'existaient pas dans l'ancien droit romain. Ces actes n'étaient pas inconnus, mais, ou bien ils pro-

(1) Nous prenons ici le mot *fiduciaire* dans un sens analogue à celui qu'on lui donne dans l'expression « monnaie fiduciaire ». Il ne s'agit pas d'un acte impliquant une obligation de restituer, comme la mancipation fiduciaire.

duisaient des effets instantanés, comme la vente, ou bien ils restaient dans le domaine de la conscience, comme les actes fiduciaires.

A l'appui de cette manière de voir, nous présenterons une double observation :

1° Tous les actes dont la nature juridique n'est pas douteuse se caractérisent par leur solennité, jamais par leur rôle économique. Donc le but économique d'un acte est un fait indifférent aux yeux de l'ancien droit : l'essentiel, c'est la solennité.

2° Même en droit classique, il est d'usage de confirmer par une stipulation les actes qui se caractérisent par leur rôle économique. Cet usage n'aurait pas eu de raison d'être si ces actes avaient été sanctionnés par l'ancien droit. Il s'explique très bien s'ils étaient dépourvus de force obligatoire ; pour la leur communiquer, il fallait les revêtir de la forme de la stipulation. Si cet usage a survécu à la consécration de ces actes par le droit civil, c'est en partie par la force de l'habitude, en partie à cause de l'avantage que présentait dans certains cas la substitution d'un contrat de droit strict à un contrat de bonne foi (1).

Si les actes concernant les rapports sociaux sont, pour la plupart, des actes fiduciaires, si l'on n'a pas eu dès l'origine la pensée de leur assurer la sanction de la loi, cela tient aux conditions dans lesquelles s'est formée la notion de crédit.

II. — La notion de crédit s'est développée de bonne heure à Rome, grâce à certaines particularités de l'organisation sociale. Le crédit implique la confiance, et la confiance ne s'accorde qu'aux personnes dont on a appris à apprécier l'honorabilité. Les relations de voisinage entre habitants d'un même quartier, les rapports qui se forment entre membres d'une même association, contribuent d'ordinaire à faire naître cette confiance. Il en fut de même à Rome, et dans une mesure bien plus large que dans nos sociétés modernes, grâce aux liens qui unissaient les voisins ou les *sodales*.

A l'entre-croisement des principales rues, étaient des carrefours (*compita*) qui servaient de lieux de réunion aux habitants du quartier. Là aussi était une chapelle où ils venaient honorer les dieux protecteurs du carrefour (2). Unis par la communauté de culte, les *vicini* étaient groupés en un collège présidé par un *magister* et célébraient des fêtes annuelles (*compitalia*). A côté de

(1) Pour le *mutuum*, qui était lui-même sanctionné par une action de droit strict, mais qui était essentiellement gratuit, la stipulation fournissait un moyen de le rendre productif d'intérêts.

(2) Dict. des Antiq., I, 1429. Voy. *supra*, p. 50.

ces associations, qui avaient plutôt un caractère religieux, il y avait, nous l'avons vu, des associations d'ouvriers, des collèges de marchands.

La communauté d'intérêts, jointe à la communauté de religion, faisait naître facilement des relations d'amitié entre les membres de ces associations. D'après les usages de nos ancêtres, dit Cicéron, un *sodalis* doit être pour nous comme un fils (1). Les amis rentrent dans la catégorie des *necessarii,* c'est-à-dire des personnes unies par un lien religieux (2).

Lorsque ces personnes concluaient entre elles des rapports d'affaires, elles ne pouvaient songer à réclamer la garantie de l'État; la formation de ces rapports était une question de confiance. L'acte du créancier était désigné par le mot *credere,* qui signifie donner son cœur (3), sa confiance à quelqu'un. Le créancier avait confiance en la foi du débiteur. Le mot *fides* exprime l'acte de faire ce qu'on dit, par conséquent de tenir sa promesse (4).

Il y avait donc à Rome, à côté des actes juridiques, toute une série d'actes étrangers à la sphère du droit, et pour lesquels on se dispensait de toute solennité. Ainsi s'explique comment, à une époque où régnait encore une certaine sauvagerie dans les mœurs, où le droit des dettes était si rigoureux, on avait en la parole d'autrui une confiance qu'il est rare de rencontrer de nos jours.

L'usage des actes fiduciaires ne saurait d'ailleurs être considéré comme appartenant à une phase déjà avancée de la civilisation romaine; il fait partie des coutumes qui sont le patrimoine commun des peuples de race aryenne. Chez les Grecs comme chez les Hindous, la conclusion d'un contrat est une question de confiance. L'exécution est laissée à la loyauté du débiteur; c'est à lui de voir s'il consent à passer pour un malhonnête homme en violant la foi promise. Le culte de la *Fides* se retrouve en Grèce (ζεὺς πίστιος) aussi bien que chez les peuples italiques. Les traités internationaux étaient placés sous la garantie de cette divinité; c'est pour cela qu'on leur donnait le nom de *fœdus.* Le rapport de ce mot avec celui de *fides* n'est pas contestable (5).

(1) Cic., De or., II, 49. Cf. Plaut., Cas., III, 3, 18; Ter., Ad., 712; Q. Cic., De pet. cons., 5.

(2) A. Gell. : XIII 3 : Necessitudo... dicatur jus quoddam et vinculum religionc conjunctionis... Qui ob hoc ipsum jus adfinitatis familiaritatisque conjuncti necessarii dicuntur. Cf. Front., De diff., p. 529. K.

(3) Cred=cord, Bréal et Bailly, *Dict. étymol.,* 50.

(4) Cic., De off., I, 7 : Fides... est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo credamus... quia fit quod dictum est, appellatam fidem.

(5) Bréal et Bailly, *Dict. étymol.,* 92; Cic., De off., III, 31 : Fœdera quibus

En somme, l'existence des actes fiduciaires prouve que la notion du devoir était familière aux Romains des premiers âges. A leurs yeux l'idée de devoir était aussi forte que l'idée de droit : c'est ce qui leur a permis de se passer en bien des cas de la sanction de la loi. Voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue si l'on veut se faire une idée juste de l'ancien droit romain. A cette condition, il apparaîtra comme tout autre chose qu'un ensemble de règles bizarres et qui nous révoltent par leur sévérité. La loi a pu subordonner à des formalités minutieuses la faculté de réclamer la protection de l'État, parce qu'on n'y a recours que dans des cas exceptionnels, pour modifier la composition de la famille ou disposer des biens patrimoniaux, ou pour conférer à un citoyen un droit sur un autre. Pareillement, la loi a pu donner au droit du prêteur une sanction très énergique, parce qu'il s'agissait d'assurer le respect d'une promesse faite par un emprunteur en qui l'on n'avait pas confiance.

II

DES MOYENS DE CONFIRMER UN ACTE FIDUCIAIRE.

Pour donner une force plus grande à l'acte par lequel une personne engageait sa foi, les Romains avaient recours à divers procédés. Parmi ces procédés, les uns ont pour but de faciliter la preuve de l'acte fiduciaire, d'attester l'existence d'une promesse ferme. Ils consistent à manifester par un signe extérieur la conclusion de l'acte par lequel l'une des parties a engagé sa foi : c'est une déclaration verbale faite en termes consacrés, ou un acte symbolique, ou encore la remise d'un gage. Les autres ont pour but de donner une sanction religieuse ou morale à l'acte fiduciaire : le serment prêté sur le grand autel d'Hercule, une *sponsio*.

§ 1er. — *Des signes extérieurs usités pour marquer la conclusion de l'acte.*

La double manifestation de volonté nécessaire pour la conclusion d'un acte fiduciaire est caractérisée par l'expression *accipere dareque fidem*. On dit également *inter se dare fidem* (1). Pour

etiam cum hoste devincitur, fides. Cf. Danz, *Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, 1857, p. 116, 127 ; Pernice, *Labeo*, I, 412 ; Leist, *Gr. ital. R. G.*, 470.

(1) Enn. ap. Macr., Sat., VI, 1, 13 ; Virg., Æn., VIII, 150 ; Liv., XXII, 16. Sc. de bacchan., *C. I. L.*, I, 196, lin. 14 ; Plaut., Pers., II, 2, 61 ; Ter., Andr., II, 3, 27 ; Attius ap. Cic., De off., III, 28.

qu'il y ait une promesse ferme (*firmata fides*)(1), il faut deux conditions : a) que le futur créancier se déclare prêt à accepter l'engagement du débiteur; b) que le débiteur ait engagé sa foi en prononçant la formule consacrée : *fidem do*.

Un autre mode de confirmer l'acte par lequel on engage sa foi consiste à tendre sa main droite (2). La poignée de main est la manifestation symbolique de la conclusion de l'acte (3). C'est une coutume que l'on retrouve chez les autres peuples de race aryenne, chez les Grecs, les Perses, les Parthes, les Germains, et qui recevait des applications variées (4).

§ 2. — *Le serment.*

Aux premiers siècles de Rome, le moyen le plus énergique de confirmer un acte fiduciaire était le serment (5). Il en était de même chez les Grecs (6). Il était d'usage de le prêter, la main sur l'autel domestique (7) et plus souvent sur l'autel d'une divinité (8), particulièrement sur celui d'Hercule (9).

(1) Plaut., Mil., II, 5, 43.

(2) Cic., P. reg. Dej., 3 : Dexteram... in promissis et fide firmiorem; ad Att., II, 22.

(3) Pline, H. n., XI, 45, 250 : Dextra... in fide porrigitur. Liv., I, 21 : (Numa) soli Fidei solemne instituit : ad id sacrarium flamines bigis, curru arcuato, vehi jussit, manuque ad digitos usque involuta rem divinam facere : significantes fidem tutandam sedemque ejus etiam in dextris sacratam esse.

(4) Eur., Med., 21; Soph., Phil., 813; Tac., Ann., XII, 46. Corn Nepos, Datames, 10. Josèphe, Antiq. Jud., XVIII, 9, 3. Cf. Leist, *Altarisches jus gentium*, 86.

(5) Ter., Hec., IV, 4, 24 :

Aliud si scirem, qui firmare meam aput vos possem fidem
Sanctius quam jusjurandum.

Cic., De off., III, 26 : Nullum... vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores artius esse voluerunt.

(6) Odyssée, XIV, 158.

(7) Virg., Æn., XII, 201.

(8) Plaute, Rud., V, 2, 46.

(9) Denys, I, 40. Cet usage doit remonter à une haute antiquité. La tradition (Liv., I, 7) qui présente Hercule comme une divinité grecque est en contradiction avec celle qui attribue à Romulus l'introduction de son culte; les cultes de la Grèce n'ont pénétré à Rome que sous les Tarquins. Peut-être la contradiction n'est-elle qu'apparente. Varron (V, 66) nous apprend, d'après Ælius Stilo, que les Romains honoraient une divinité appelée *Deus Fidius* surnommée *Sancus* par les Sabins, *Hercule* par les Grecs. C'était le même dieu, malgré la différence de dénomination. Les Romains eux-mêmes disaient indifféremment à l'époque ultérieure *me Hercle* ou *me dius Fidius*. Le témoignage d'Aulu-Gelle est confirmé par plusieurs inscriptions qui montrent l'identité de *Semo Sancus* et de *Deus Fidius* (*C. I. L.*, VI, 567, 568. Visconti, Studi e doc., 1881, p. 106). Il avait son autel sur le Quirinal (Ovide, Fastes, VI, 213, 218). Tarquin lui dédia au même endroit un temple qui fut consacré en 288 par le consul Sp. Postumius (Denys, IV, 58; IX, 60). Schwegler, I, 352, pense que le culte d'Hercule à Rome remonte aux aborigènes (Cf. Voigt, *J. N.*, III, 238) : il fait remarquer que l'autel du dieu n'était situé ni sur le Palatin où étaient les autels des dieux latins, ni sur le Quirinal où étaient ceux des dieux sabins, mais au bas de la vallée Murcia, là où fut plus tard le *Forum*. Son culte était confié non pas à des prêtres publics, mais à deux familles probablement aborigènes, la *gens* Pinaria et la *gens* Potitia.

La violation de la promesse confirmée par un serment avait pour effet de faire encourir la colère du dieu que l'on avait pris à témoin (1). A côté de la peine sacrée il y avait une peine profane : les censeurs se montraient particulièrement sévères à l'égard des parjures (2). La loi des Douze Tables déclarait le parjure *improbus* et *intestabilis :* il était déchu du droit de figurer comme témoin dans un acte solennel. Les questions de parjure étaient de la compétence des pontifes (3). On ne s'étonnera pas dès lors que le serment ait été usité pour confirmer les actes fiduciaires. Il y en a dans Plaute de nombreux exemples.

§ 3. — *La* sponsio.

1. — En droit classique, la *sponsio* est l'un des modes usités pour faire une stipulation.

On présente d'ordinaire la stipulation comme un moyen de faire naître une obligation. C'est en effet l'un des aspects sous lesquels l'envisagent les jurisconsultes classiques (4). Mais il ne faut pas se méprendre sur leur pensée : nos habitudes modernes pourraient à cet égard induire en erreur. Aujourd'hui toute obligation tendant à une prestation qui offre un intérêt juridique peut, en règle générale, donner lieu à une action en justice. Il n'en est pas de même à Rome : il n'y a qu'un petit nombre de causes d'obligation qui donnent droit à la protection de l'autorité publique. Dans tout autre cas, l'obligation existe, mais elle ne vaut guère plus que ce que nous appelons un engagement d'honneur. Aux yeux des Romains, l'obligation par excellence, c'est l'obligation civile, l'obligation munie d'une action. Aussi, lorsque les jurisconsultes présentent la stipulation comme une source d'obligation, ils veulent dire que c'est un moyen de donner une valeur juridique à une convention faite en vue de créer une obligation. Nous avons sur ce point le témoignage de Paul : La stipulation, dit-il, a été introduite pour confirmer les obligations ; les anciens donnaient au mot stipuler le sens de *firmum* (5).

Le mot stipulation désigne en effet, dans un sens large, tout

(1) Liv., III, 2; Cic., P. Rosc. com., 16; de leg., II, 9.

(2) Cic., P. Cluent., 48; De off., III, 31 : Id indicant... notiones animadversionesque censorum; qui nulla de re diligentius quam de jurejurando judicabant.

(3) Plaut., Rud., V, 3, 21. Voy. *supra,* p. 255.

(4) Gaius, III, 89.

(5) Paul., V, 7, 1 : Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductæ sunt, quæ quadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatæ quod per eas firmitas obligationum constringitur; stipulum enim veteres firmum appellaverunt. Cf. Inst., III, 15 pr.; Paul, 28 ad Ed., D., XII, 1, 2, 5 : Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. Ihering, III, 241.

acte qui a pour objet de rendre ferme une promesse, et plus particulièrement celui qui consiste à rompre une paille (*stipula*). Dans une acception plus étroite, on réserve ce mot pour les actes qui exigent une demande suivie d'une réponse concordante et l'emploi de termes sacramentels qui donnent à la promesse force obligatoire. En droit classique on a le choix entre *spondere, dare, promittere, fidepromittere, fidejubere, facere* (1). Le terme primitivement usité, celui qui de tout temps a été réservé aux citoyens romains, est celui de *spondere*. Le créancier interroge le débiteur en ces termes : *C dari spondes?* Le débiteur répond : *spondeo*. Dès ce moment il existe à sa charge une promesse ferme qui a pour objet la somme de cent.

Quelle est la signification du mot *spondeo?* Pourquoi suffit-il de prononcer ce mot dans la forme qui vient d'être indiquée pour procurer à un acte fiduciaire la sanction de l'État? Ces questions nous conduisent à rechercher l'origine de la *sponsio*.

II. — Les opinions les plus divergentes se sont produites. Certains auteurs voient dans la *sponsio* un dérivé et une simplification du *nexum*. Si, a-t-on dit, l'usage de la *sponsio* a été réservé aux citoyens romains à l'exclusion des pérégrins, si la *sponsio* a toujours pour objet une dation, enfin si elle est sanctionnée par une action de droit strict, c'est qu'elle est un dérivé du *nexum* (2). Cette hypothèse est difficile à admettre. Entre la *sponsio* et le *nexum* il y a des différences trop profondes pour qu'on puisse croire qu'il y ait jamais eu quelque rapport entre ces deux actes. Si la *sponsio* ne se distinguait du *nexum* que par l'absence de la solennité par l'airain et la balance, on pourrait à la rigueur y voir une simplification du *nexum*. Et encore devrait-on s'étonner qu'on eût à dessein renoncé à l'emploi de l'airain et de la balance à une époque où on le conservait soigneusement dans la mancipation. L'exemple de la mancipation prouve que lorsque les Romains trouvèrent gênantes les solennités des actes juridiques, il les ont non pas supprimées, mais réduites à une simple formalité. L'acte juridique a toujours gardé son apparence extérieure, sinon sa réalité.

La *sponsio* diffère également du *nexum* par l'absence de témoins solennels. Ici encore on serait tenté de dire qu'il y a une simplification. Mais si la présence de témoins n'est plus un élément de la solennité, elle continue à être nécessaire pour assurer la

(1) Gaius, III, 92. Chez les anciens, dit Isidore (Or., V, 24), il était d'usage de rompre une paille (*stipula*) en signe de promesse. C'est de là que viendrait le nom de stipulation.

(2) Savigny, *Vermischte Schriften*, II, 410; *System*, V, 538.

preuve de la stipulation (1). Dira-t-on qu'on est tout au moins dispensé de convoquer les cinq témoins exigés pour la mancipation ? Ce serait un bien petit avantage qui ne suffirait pas à justifier la suppression d'un élément essentiel de la solennité des actes juridiques.

Il y a d'ailleurs entre la *sponsio* et le *nexum* des différences qu'on ne peut expliquer par le désir de simplifier les formes antiques. Dans les actes juridiques par l'airain et la balance, la déclaration verbale, qui indique la portée de l'acte, émane de celui au profit de qui il se réalise (2). La *sponsio*, au contraire, est caractérisée par l'acte de celui qui s'oblige. La déclaration (*nuncupatio*) dans le *nexum* est unilatérale : c'est du moins ce que l'on peut induire de son analogie avec la mancipation, pour laquelle il n'est jamais question que de la déclaration de l'acquéreur (3). La *sponsio* est bilatérale : elle comporte une demande et une réponse. Enfin, ce qui est caractéristique, la *sponsio* ne contient pas d'invocation au droit des Quirites, ni à la loi publique : d'où il suit que la *sponsio* n'était pas directement placée sous la garantie des curies ou de la loi. Nous verrons en effet qu'elle fut pendant longtemps dépourvue de sanction.

Suivant une opinion aujourd'hui assez répandue, la *sponsio* serait, non pas un dérivé du *nexum*, mais un acte religieux consistant en un serment prêté sur l'autel d'Hercule (4). On appuie cette manière de voir sur trois textes principaux (5) : Verrius Flaccus atteste, dit-on, que la *sponsio* suppose l'accomplissement de cérémonies religieuses. D'autre part, Denys d'Halicarnasse rapporte qu'il était d'usage de confirmer les engagements contractés en prêtant serment sur l'autel d'Hercule ; enfin Paul Diacre présente comme synonymes les mots *consponsor* et *conjurator*. De ces trois textes on tire une double conclusion : que la *sponsio* eut primitivement un caractère religieux, qu'elle impliquait la prestation d'un serment. De ces deux conclusions, la première seule doit être admise. Le texte de Denys mentionne bien l'usage du serment, mais sans faire allusion à la *sponsio* : il ne peut donc servir à prouver son identité avec le serment. Cette identité ne résulte pas davantage du fragment de Paul Diacre. En rapprochant ces deux mots *consponsor* et *conjurator*, le compilateur a sans doute voulu dire qu'ils expriment la même idée : l'un et l'autre désignent une

(1) Cic., P. Q. Rosc., 4, 5 : Stipulatus es ? ubi ? quo die ? quo præsente ?... Stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.

(2) Gaius, I, 119 ; II, 104 ; III, 174.

(3) Ihering, III, 232. Voy. cep. Voigt, I, 218 ; II, 137.

(4) Danz, *Lehrbuch*, I, 109 ; Kuntze, I, 77 ; II, 103 ; H. Krueger, op. cit., 350.

(5) Festus, v° *Spondere;* Denys, I, 40 ; P. Diac., v° *Consponsor*.

personne qui s'oblige d'une manière ferme. S'ensuit-il que dans les deux cas l'engagement se forme de la même manière? que *spondere* soit l'équivalent de *jurare?* Il serait téméraire de l'affirmer. Voici d'ailleurs un texte qui tranche la question : c'est le sénatus-consulte sur les bacchanales, rendu en 568. On y trouve énumérés tous les modes usités pour confirmer une promesse : le serment (*conjurare*), le vœu (*convovere*), la *sponsio* (*conspondere*), la simple promesse (*compromittere*), la foi respectivement promise (*fidem inter se dare*). Le *conjurare* est ici nettement distingué du *conspondere*. Paul Diacre lui-même donne la définition exacte du *consponsor :* les anciens, dit-il, appelaient ainsi ceux qui étaient liés l'un à l'autre par un acte fiduciaire (1).

On n'est pas moins embarrassé pour expliquer la forme nouvelle sous laquelle cet acte se présente dès le cinquième siècle de Rome. La nécessité d'une interrogation et d'une réponse a, dit-on, quelque rapport avec le rituel du serment. Il est vrai que, dans le serment, l'une des parties s'adressait à l'autre (*præire verbis*), mais c'était sous la forme d'un ordre et non d'une demande (2).

Mais si la *sponsio* ne consiste pas en un serment, elle paraît avoir eu très anciennement un caractère religieux. Verrius fait dériver le mot *sponsio* du grec σπονδαί (3). La *sponsio* était en effet usitée chez les Grecs : elle consistait, au temps d'Homère, en une libation de vin pur (σπονδαὶ ἄκρητοι) (4). Elle trouvait son application principale dans les rapports internationaux; c'était une forme moins solennelle que le *fœdus* et qu'on employait notamment pour marquer la conclusion d'un armistice, tandis que le *fœdus* (ὅρκια πιστὰ) était réservé pour la conclusion des traités. Les circonstances dans lesquelles intervenait la *sponsio* firent peu à peu négliger la formalité de la libation : on se contentait de dire qu'on accomplissait la libation sans l'effectuer en réalité. Ce n'était plus qu'un acte *dicis causa* (5). Elle paraît déjà avoir eu ce caractère au temps de la loi de Gortyne (6).

La *sponsio*, faisant partie des traditions communes aux peuples

(1) Consponsos antiqui dicebant fide mutua colligatos.

(2) PLAUTE, Rud., V, 2, 49; LIV., XLIII, 17; XXII, 53; GELL., XVI, 4. Cf. GIRTANNER, *Die Stipulation*, 1859, p. 77.

(3) FESTUS : *Spondere* Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur; deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Græco dictum ait quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant.

(4) HOM., Il., II, 338; III, 155.

(5) LEIST, *Græco-italische R. G.*, 468; COGLIOLO sur PADELETTI, *Storia*, 78 et 169; SOHM, *Institutionen des röm. Rechts,* 3e éd., 1888, p. 38; SCHULIN, *Lehrb.,* 335; BRÉAL et BAILLY, *Dict. étym.*, 364.

(6) Le mot ἐπισπένδω est employé plusieurs fois pour désigner une forme de contracter (Cf. DARESTE, § 25, 30.)

gréco-italiques, fut sans doute usitée à Rome dès l'origine. *Spondere*, c'est manifester sa volonté dans une forme déterminée (1). Cette forme consiste en une déclaration verbale où doit figurer le mot *spondeo* (2). Elle était employée pour conclure un traité avec une cité étrangère, lorsqu'on n'était pas en mesure de remplir les conditions requises pour le *fœdus*. (3). Chez les peuples du Latium, elle servait à conclure les fiançailles (*sponsalia*) (4). La *sponsio* servait aussi à engager un procès lorsqu'on voulait soumettre à un juge une question de fait : on pariait une somme pour le cas où il serait reconnu qu'un fait déterminé n'avait pas existé. On en trouve des exemples dès la fin du troisième siècle de Rome (5).

De ces diverses applications de la *sponsio*, la première est particulièrement remarquable : c'est le seul cas où la *sponsio* fût juridiquement obligatoire entre citoyens et pérégrins (6). Tite-Live fait au sujet de cette *sponsio* une remarque importante : elle avait, dit-il, pour fondement la *fides humana*, à la différence du *fœdus*, qui reposait sur la religion. C'était là, croyons-nous, un caractère général de la *sponsio* aux premiers siècles de Rome : elle faisait naître un devoir de conscience (7).

(1) *Spondere*, disent les glossaires, *proprie velle est*. Salemon, Pap. vocab., v° *Sponsus*. Varron exprime la même idée (L. l., VI, 7, 69) : « Spondeo a sponte, nam id valet et a voluntate. » Le mot *Sponte* est employé par Tacite dans son sens propre pour désigner un acte de la volonté d'une personne. (Ann., II, 59. Hist., II, 42.) Cf. Virg., Æn., IV, 340. Bréal et Bailly, *Dict. étym.*, 354. Dans une formule augurale citée par Festus, le mot *spoponderis* figure à côté du mot *volueris* : « Bene sponsis beneque volueris inprecatione augurali Messala augur ait significare spoponderis, volueris. » Dans la *sponsio*, en effet, la volonté se manifeste dans une forme déterminée. Varr., VI, 7, 69 : Spondere est dicere. Festus : Spondere autem ponebatur pro dicere. Plaute emploie *condicio* comme équivalent de *sponsalia* pour désigner les fiançailles. (Trin., I, 2, 122; II, 4, 87; Aul., II, 2, 60; III, 5, 1; Truc., II, 3, 75; Stich., I, 1, 52.) Virgile, Æn., II, 678, prend le mot *dicta* pour synonyme de *sponsa*.

(2) Varr., *loc. cit.* : Spondet enim qui dicit a sua sponte : *Spondeo*.

(3) Tite-Live, IX, 5, 20, 41, en donne divers exemples relatifs aux années 433, 437 et 446.

(4) Serv. Sulp. ap. Gell., IV, 4. Cf. Pacchioni, Archiv. giur. XXXIX, 385.

(5) Liv., III, 24 et 56. En 295, M. Volscius étant accusé de faux témoignage contre Cæson, les compagnons d'armes de celui-ci affirmèrent qu'il n'avait pas quitté les drapeaux et n'avait pas paru à Rome : « *Ni ita esset*, multi privatim ferebant Volscio judicem. » Bien que Tite-Live ne dise pas expressément qu'il y ait eu ici *sponsio*, la manière dont il s'exprime le fait supposer; la condition *ni ita esset* ou autre analogue se retrouve dans les divers exemples de paris qui nous ont été conservés. Cf. Cic., De off., III, 19 : Cum (Lutatius) sponsionem fecisset, ni bonus vir esset. Val. Max., VI, 1, 10; VII, 2, 4; Gell., VII, 11.

(6) Gaius, III, 94.

(7) Liv., IX, 9. Cf. Puntschart, *Civilrecht der Römer*, 162.

CHAPITRE XIII

Rapports juridiques des Romains avec les étrangers.

I

LES DÉDITICES.

Le règlement des rapports des Romains avec les étrangers ne rentrait pas dans l'objet de la mission confiée aux décemvirs. Rome n'avait pas à faire la loi aux peuples qui avaient conservé vis-à-vis d'elle leur indépendance : elle pouvait seulement, lorsqu'elle y avait intérêt, conclure avec eux des traités. Cependant, parmi les peuples étrangers, il en était quelques-uns qui, placés dans le voisinage immédiat de Rome, avaient dû faire leur soumission. Leur situation méritait d'attirer l'attention des décemvirs au même titre que celle des plébéiens. Bien qu'ils ne fussent pas incorporés à la cité, ils pouvaient, dans une circonstance critique, devenir un danger pour la République. Rome avait intérêt à les ménager pour leur enlever la pensée de s'unir à ses ennemis.

Un fragment de Festus nous apprend que les Douze Tables accordèrent aux *Sanates* les mêmes droits qu'aux *Forctes* (1). Les *Sanates* étaient les habitants des environs de Rome qui avaient été soumis par les Romains. On leur donnait ce nom parce que, après avoir eu la folie de faire défection, ils étaient redevenus au bout de peu de temps les amis des Romains (2). Les *Forctes*, au contraire, étaient invariablement restés fidèles. Il y avait donc deux sortes de déditices (3), mais, dans une pensée d'apaisement, on les traita tous de la même manière.

Quels droits leur furent accordés ? Le rapprochement de deux fragments mutilés de Festus permet de résoudre cette question : ce sont le *nexum* et le *mancipium* (4).

(1) Festus, v° *Sanates :* Itaque in XII cautum est, ut idem juris esset sanatibus quod forctibus, id est bonis et qui numquam defecerant a populo Romano.

(2) Festus : *Sanates* dicti sunt, qui supra infraque Romam habitaverunt, quod nomen his fuit quia, cum defecissent a Romanis, brevi post redierunt in amicitiam, *quasi sanata mente*.

(3) Cf. Denys, X, 57.

(4) Festus, v° *Sanates :*... In XII : Nex[i mancipique] forti sanati[sque idem jus esto,] id est bonor[um et qui defecerunt sociorum...] ..., ne Valerius[quidem Mes-

Les deux droits dont la jouissance est concédée aux habitants des cités soumises des environs de Rome sont ceux que l'on accordait aux pérégrins sous le nom de *commercium*. Si on leur donne ici une dénomination différente, c'est qu'il s'agit d'une concession unilatérale, tandis que le *commercium* résulte d'un traité bilatéral. D'autre part, le *commercium* était pour les pérégrins un droit accessoire : c'était une faculté qui venait s'ajouter aux droits qu'ils avaient dans leur cité. Le *nexum* et le *mancipium* étaient pour les *Sanates* les seuls droits qui, à notre connaissance, leur fussent reconnus ; ils n'avaient pas de droit propre.

La concession du *commercium* impliquait la faculté d'ester en justice ; elle était complétée par la *reciperatio*. En était-il de même pour les *Sanates?* C'est vraisemblable, mais on ignore à quelle procédure on avait ici recours. Sûrement les *Sanates* ne pouvaient exercer l'action de la loi par serment, qui exigeait la qualité de citoyen romain (1) ; peut-être y avait-il ici une institution analogue à celle des récupérateurs (2).

Quant aux droits de famille, il est vraisemblable que les *Forctes* et les *Sanates* sont restés soumis, comme les Romains eux-mêmes, à leurs coutumes nationales. La loi romaine, nous l'avons vu, évitait à cette époque de s'immiscer dans les rapports de famille.

A ces divers points de vue, la condition des déditices paraît avoir été analogue à celle des plébéiens antérieurement aux Douze Tables (3).

II

LES PÉRÉGRINS.

I. — Les relations commerciales des Romains avec les pérégrins ont pris une certaine extension dès la fin de l'époque royale. En 245, un traité important fut conclu avec Carthage, avant la guerre contre Porsenna. Ce traité, dont le texte a été conservé par Polybe, eut pour but de garantir Rome contre les conquêtes des Carthaginois en Italie et d'assurer, en retour, à Carthage le monopole du commerce avec l'Orient. L'article 4 accordait aux Romains la

salla] in XII explanati[one rem expedivit; hic ta]men — for [ctos sanatisque] duas gentes finitima[s fuisse censet de quibus le]gem hanc scrip[tam esse, qua cautu]m, ut id jus man[cipii, quod populu]s R., haberent. Cf. BRUNS, 365; VOIGT, *J. N.*, IV, 267 ; et l'édition de Festus par THEWREWK DE PONOR, 1890, I, 470.

(1) CIC., P. Cæc., 33.

(2) Cf. VOIGT, *J. N.*, II, 505 ; et *supra*, p. 107.

(3) Cf. VOIGT, *J. N.*, IV, 284 ; CARLE, *Le origini*, 199.

communauté de droit dans la partie de la Sicile qui était sous la dépendance de Carthage (1).

Quelques années plus tard, en 261, fut conclu le traité avec les Latins (2). En 268, les Herniques furent admis dans les associations formées entre Rome et les Latins. Nous ne connaissons pas la teneur du traité conclu à cette occasion, mais Denys caractérise la situation des Herniques à Rome par le mot *isopolitie* (3). On peut en conclure que, selon toute vraisemblance, ils échangèrent avec Rome le *conubium*, le *commercium* et la *recuperatio*. Entre Samnites et Romains, le *conubium* existait dans la seconde moitié du troisième siècle (4).

Les colonies latines qui furent envoyées dans des villes faisant déjà partie de la confédération latine eurent, comme ces villes elles-mêmes, le *conubium*, le *commercium* et la *recuperatio*. Quant à celles qui furent envoyées dans les villes non alliées, elles jouissaient des mêmes prérogatives que les Latins.

Au commencement du cinquième siècle, Rome étend ses visées sur l'Italie centrale ; sa politique extérieure entre dans une voie nouvelle ; elle travaille à la romanisation du centre de l'Italie en concédant à certaines villes la cité *sine suffragio* (5), à d'autres le *jus nexi mancipiique*, en stipulant des États italiques la réciprocité de *conubium*, de *commercium*, de *recuperatio*. La confédération latine avait été dissoute en 416 ; Rome se réserva le droit de fonder des colonies : elle y envoya des membres de l'ancienne confédération latine qu'elle dispersa pour les rendre incapables de résister, les pauvres de la ville, enfin des fils de famille dont les pères voulaient se débarrasser. Ces colonies, assimilées aux colonies fondées précédemment par les Latins, jouirent sans aucun doute des mêmes prérogatives (6).

Signalons encore, en 406, le second traité avec Carthage qui accorda aux citoyens romains sur le territoire carthaginois et aux Carthaginois sur le territoire romain le droit de conclure des actes juridiquement obligatoires.

(1) Polyb., III, 22.

(2) Cic., P. Balbo, 23; Denys, VI, 95, rapporte les clauses de ce traité, celle-ci notamment : *Privatorum contractuum* (Voigt, *J. N.*, II, 155; IV, 197, traduit συμβόλαιον par *commercium*) *judicia* (Voigt traduit κρίσεις par *lites*) *intra X dies finiantur apud quos ortum est commercium* (éd. Didot : In foro ejus populi apud quem contractus fuerint facti). Il n'est rien dit du *conubium*, mais il n'y a pas de raison pour qu'il n'ait pas été stipulé.

(3) Denys, VIII, 74; XI, 2.

(4) Le consul Q. Fabius Vibulanus, seul survivant des Fabii tués par les Étrusques à Crémone, avait épousé la fille d'un citoyen de Bénévent. Festus, v° *Numerius*.

(5) Capoue en 414 et 416 (Liv., XXIII, 5); les cités des Herniques en 448, sauf Aletrinum, Ferentinum, Verulæ. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 335; Mommsen, III, 570 (183²).

(6) Mommsen, III, 620 (241²).

Ces divers traités, autant qu'on en peut juger par le récit des historiens, attribuaient aux membres de chacune des cités contractantes l'exercice de certains droits civils sur le territoire de l'autre cité, et en même temps la faculté d'ester en justice.

II. — Pour apprécier l'avantage que Rome trouvait à conclure ces traités, examinons quelle était la situation respective des deux cités, en l'absence de *recuperatio*. Si nous n'avons avec une nation, dit Pomponius (1), ni *amicitia*, ni *hospitium*, ni traité d'amitié, sans doute cela ne suffit pas pour constituer l'état de guerre, pour que nous traitions ses habitants comme des ennemis ; mais si une chose à nous appartenant a été saisie par eux sur leur territoire, ils en acquièrent la propriété ; il en est de même de ce que nous leur prenons sur le sol romain, le tout sous réserve du *postliminium*. Le Romain est donc sans droit sur le teritoire d'un pays qui n'a pas de relations d'amitié avec Rome.

Au contraire, les peuples libres unis à Rome par un traité conservent tous leurs droits lorsqu'ils viennent sur le territoire romain, à charge de réciprocité. De même les habitants des cités fédérées peuvent être à Rome parties à un procès, et s'ils succombent, on peut faire exécuter le jugement contre eux (2).

Divers faits confirment cette notion de la *recuperatio*. D'abord nous savons que les *recuperatores* sont des juges. Puis nous connaissons les clauses de certains traités qui assuraient la protection de la loi aux citoyens des États contractants : tel est le traité conclu en 261 par Rome avec les cités de la confédération latine ; tels sont les traités avec Carthage de 245 et 406 ; tel est le plébiscite de 561 qui accorda aux habitants des cités fédérées l'action *certæ pecuniæ* (3).

A quelles règles était soumis l'acte conclu sur la foi d'un traité entre un citoyen romain et un pérégrin ? Pour en déterminer les conditions de validité et les conséquences juridiques, devait-on s'attacher à la loi romaine ou à la loi étrangère ?

En ce qui concerne le mariage, la question ne se pose ni pour la forme de l'acte, ni pour ses effets dans les rapports des époux

(1) Pomp., 37 ad Q. Muc., D., XLIX, 15, 5, 2.

(2) Proculus, 8 Epist., eod., 7 pr. Cf. Sell, *Die* Recuperatio *der Römer*, 1837, p. 46 ; Voigt, *J. N.*, IV, 134 ; Bethmann-Hollweg, I, 67 ; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 292 ; Fusinato, Rev. de droit internat., XVII, 279 ; Carle, *Le origini*, 143 et 569 ; Mommsen, III, 601, (221 [2]) ; Jörs, I, 127 ; Schmidt, Z. Sav. St., 1888, p. 137.

(3) Liv., XXXV, 7. Plusieurs textes précisent davantage l'objet de la *recuperatio*. Liv., XLI, 24 : Commercium juris præbendi repetendique ; XXXIX, 26 : De injuriis quomodo inter eas gentes et Macedones disceptetur, formulam juris exequendi constituendam esse. Cf. le traité de Rome avec Antiochus de Syrie en 565 : Quæ pecuniæ debentur earum exactio esto ; si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique jus esto. Liv., XXXVIII, 38.

entre eux : aucune forme n'était prescrite pour la formation du mariage à Rome, si du moins on admet que le mariage fût distinct de la *manus;* de même il était sans influence sur la condition juridique des époux (1). Quant à la condition des enfants nés du mariage, elle se règle sur la condition du père : c'est une conséquence du principe qui fait dépendre la filiation légitime de la volonté du père de famille.

Pour les actes compris dans le *commercium,* ils sont régis par la loi du pays où ils ont été conclus. L'article 4 du traité conclu entre Rome et Carthage en 245 dispose que, sur la partie du territoire de la Sicile appartenant aux Carthaginois, les Romains seront à tous égards traités comme les Carthaginois. Festus dit que les habitants des municipes sont à Rome traités en tout comme les Romains, sauf pour les droits de vote et d'éligibilité (2).

Quant au tribunal compétent pour statuer sur les difficultés qui pourraient s'élever à l'occasion de ces actes, c'est celui du lieu où l'acte a été réalisé (3). Telle était la clause du traité conclu en 161 entre Rome et la confédération latine.

Ces règles sont conformes aux principes généraux du droit romain, tels qu'ils ressortent par exemple de la théorie du *postliminium :* le citoyen romain qui franchit la frontière du territoire romain perd le droit d'invoquer la loi de son pays, mais il le recouvre dès qu'il remet le pied sur le sol de la patrie (4).

III. — Quelle était la juridiction compétente pour connaître des différends entre citoyens et pérégrins? Comme pour les procès entre citoyens, c'était le consul, et plus tard le préteur. Les juges portaient le nom de *recuperatores.* Ce que nous savons sur ces juges se réduit à bien peu de chose. La plupart de nos renseignements se rapportent aux récupérateurs provinciaux, et datent de l'époque où ils furent, dans certains cas, appelés à juger des procès entre citoyens. On peut cependant tenir pour presque certain qu'on en nommait toujours plusieurs pour chaque affaire : ordinairement trois, quelquefois cinq (5). La procédure devait être terminée dans le délai de dix jours (6) d'après le traité de 261.

Un fragment des Douze Tables révèle l'existence d'un

(1) Labbé, *Du mariage romain et de la* manus, p. 18.
(2) Festus, v° *Municipium.*
(3) Denys, VI, 95.
(4) Festus, v° *Post liminium receptum.* Inst., I, 12, 5.
(5) Cic., 2ª in Verr., III, 12, 60; Liv., XLIII, 2. Étaient-ils choisis par les parties, ou désignés par les magistrats? Liv., XXVI, 48, donne à penser que chacune des parties en proposait un, et que le troisième était nommé par le magistrat.
(6) Voy. la loi agraire, lin. 37, qui fixe le même délai pour les actions des publicains contre les contribuables.

status dies cum hoste. Dans le serment, prêté par les soldats enrôlés, de se rendre à l'appel au jour fixé par le consul, on trouve parmi les causes d'excuse : *status condictusve dies cum hoste* (1). Un passage de Plaute prouve qu'en pareil cas il y avait nécessité absolue pour les plaideurs de se rendre au lieu fixé (2).

Qu'est-ce donc qu'un *status dies*, un *condictus dies?* On appelle *status dies,* dit Festus, le rendez-vous pris avec un pérégrin pour comparaître en justice. La suite du texte prouve qu'il s'agit ici d'un pérégrin appartenant à une nation liée avec Rome par un traité (3). Le *status dies* est donc le jour fixé pour se présenter devant les récupérateurs. C'était sans aucun doute le magistrat qui avait qualité pour déterminer ce jour.

Le *condictus dies* est le jour auquel l'une des parties, le demandeur, fait sommation à l'autre de comparaître devant le magistrat (4). C'est l'assignation à comparaître à jour fixe. C'est une formalité analogue à celle qui caractérise l'action de la loi *per condictionem.*

On peut donc reconstituer avec certitude quelques-unes des phases de la procédure : 1° le demandeur signifie au défendeur de comparaître à un jour désigné devant le magistrat ; 2° le magistrat fixe à son tour le jour où les parties devront se présenter devant les récupérateurs ; 3° ceux-ci doivent rendre leur jugement dans un délai maximum de dix jours (5).

Il y a là tout autant de mesures qui ont pour but d'accélérer la marche de l'affaire. Voici encore quelques faits qui confirment cette assertion : *a*) D'après les Douze Tables, le rendez-vous pris avec un étranger pour comparaître en justice constitue une cause d'excuse dans les procès entre citoyens. Par conséquent, celui qui a un procès avec un pérégrin peut se dispenser de répondre à l'invitation qui lui serait adressée de se rendre devant le magistrat comme partie, juge ou arbitre (6). *b*) Il n'était permis de produire qu'un certain nombre de témoins : dix, d'après Cicéron (7); vingt, d'après la loi de la colonie Genetiva Julia (8).

(1) Cic., De off., I, 12. Gell., XVI, 4.
(2) Plaut., Curc., I, 1, 5. Cf. Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 119 et 429.
(3) Festus : *Status* dies vocatur qui judicii causa est constitutus cum peregrino. Ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro æquare. Cf. Mommsen, III, 598 et 602 (222 [2]).
(4) Gaius, IV, 17 : Condicere est denuntiare prisca lingua.
(5) Voy. *supra*, p. 398, n. 2. Sell, 272; Voigt, *J. N.*, II, 179.
(6) Festus, v° *Reus*. Ulp., 74 ad Ed., D., II, 11, 2, 3.
(7) Cic., P. Cæc., 10; Val. Prob., *in* Mispoulet, 650.
(8) C. 95 : Bruns, 126; Girard, 89.

c) Ces témoins ne pouvaient se récuser : on les appelait *testes necessarii* (1).

Celui qui obtenait gain de cause était autorisé par le traité de 261 à s'approprier tout gage dont il pouvait s'emparer ; sinon c'était sans doute au magistrat à déterminer les mesures à prendre contre le condamné.

CHAPITRE XIV

Organisation judiciaire et procédure.

I

ORGANISATION JUDICIAIRE.

A l'époque royale, l'organisation judiciaire était tout à fait à l'état rudimentaire. Cicéron affirme qu'un particulier n'était jamais chargé de statuer sur un procès ni comme juge, ni comme arbitre; le roi prononçait seul sur les différends soumis à la justice publique : il était à la fois magistrat et juge (2). Ce n'est pas qu'on lui eût spécialement conféré ce pouvoir : les notions abstraites, comme la notion de pouvoir, étaient étrangères aux

(1) Quint., V, 7, 9. On a voulu suppléer à l'insuffisance des sources et fixer à l'aide d'arguments d'analogie plusieurs autres points de cette procédure. On a affirmé 1° Que l'assignation se faisait à trente jours, comme en droit international pour la déclaration de guerre. (Denys, II, 72 ; VIII, 37; Serv., Æn., IX, 53; Liv., I, 32.) Le délégué du peuple romain (*pater patratus*) se présentait sur la frontière du peuple ennemi et le sommait de donner satisfaction à la réclamation des Romains. Si dans les trente jours il n'était pas fait droit à sa demande, le délégué revenait à Rome, et le roi consultait le sénat sur l'opportunité de la guerre. Si elle était décidée, la sommation portait ici le nom de *clarigatio*. Liv., I, 32, dit qu'elle consiste à *rerum, litium, causarum condicere,* et qu'elle a pour objet *res repetere*. Baron, *Abhandl. aus dem röm. Civilprozess : die Condictionen*, 1882, p. 207, objecte qu'on n'a pu prendre pour modèle de la procédure récupératoire une procédure qui a précisément pour objet de suspendre la *recuperatio*. 2° La *condictio* était suivie d'un *vadimonium* garantissant la comparution *in jure* à l'époque fixée. Les deux actes vont toujours de pair, si bien que le glossaire de Labbe les identifie. 3° Il n'y avait ici ni paroles solennelles à prononcer, ni dépôt à effectuer entre les mains des pontifes. A cet égard la procédure diffère essentiellement de celle qui était observée entre citoyens : elle devait ressembler à celle qui fut plus tard usitée sous le système formulaire. On soumettait directement aux récupérateurs la question à résoudre. 4° On ignore comment la procédure *in judicio* se rattachait à la procédure *in jure*. Le magistrat donnait sans doute des instructions verbales aux récupérateurs et leur conférait le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 180 et suiv.

(2) Cic., De Rep., V, 2.

Romains des premiers siècles. Ce qu'on a appelé plus tard juridiction était une conséquence du pouvoir suprême (*imperium*) attribué au roi par le vote du Sénat et du peuple. L'*imperium* se manifestait extérieurement par douze licteurs qui portaient les faisceaux et la hache, et précédaient le roi lorsqu'il paraissait en public. On voulait, dit Tite-Live, faire impression sur l'intelligence encore inculte des premiers habitants de Rome. Le pouvoir s'identifiait dans leur esprit avec la hache des licteurs.

I. — Divers passages de Denys d'Halicarnasse ont donné à penser que le roi se déchargeait dans certains cas du soin de juger. Cela n'est pas douteux pour les procès de haute trahison (1). Il en aurait été de même en matière civile pour les causes les moins graves : Romulus en remettait le jugement à des sénateurs (2). Servius Tullius aurait été plus loin : il aurait décidé que des sénateurs seraient chargés d'une manière générale de juger les affaires privées conformément aux lois proposées par lui et approuvées par le Sénat. Le témoignage de Denys est malheureusement affaibli par les contradictions que renferme son récit. Si Servius n'a fait que généraliser un usage remontant à l'origine de Rome, comment Denys peut-il dire qu'aucun des rois antérieurs n'en avait fait autant ? D'autre part, si la distinction de la procédure en deux phases remonte au temps de Servius, si, dès cette époque, la roi s'est déchargé du soin de juger, comment Denys peut-il dire que le pouvoir de juger passa du roi au consul (3) ?

A la chute de la royauté, la juridiction passe aux consuls. Ils reçoivent le nom de *judices* et président, à tour de rôle, à l'administration de la justice. Dès le temps des Douze Tables, les fonctions de magistrat et de juge sont distinctes, au moins dans certains cas : une disposition de la loi décemvirale mentionne le juge (*judex privatus*) et l'arbitre (4).

La distinction du magistrat et du juge, qui fut pendant longtemps une règle fondamentale de l'organisation judiciaire des Romains, s'est introduite sous l'influence de causes purement historiques. Dans les deux modes de procéder où l'on fait intervenir un juge, son intervention s'explique soit par la nécessité de recourir à la science des pontifes, soit par le désir des parties de confier à un tiers, qu'elles choisissent ordinairement

(1) Tullus Hostilius institua les *duoviri perduellionis* pour juger Horace (*sup.*, p. 60).

(2) DENYS, II, 14, 29, où le mot ἀδίκημα est pris dans le sens le plus large; il signifie tout acte contraire au droit. Cf. POLYB., VI, 17.

(3) DENYS, X, 1. Cf. HARTMANN, *Ueber die röm. Gerichtsverfassung*, éd. UBBELOHDE, 1886, p. 215. WLASSAK, *Röm. Prozessgesetze*, I, 137; JOERS, I, 50; COGLIOLO, *Storia*, I, 198.

(4) Capito ap. FEST., v° *Reus*.

d'un commun accord, le soin d'estimer la valeur du litige (1).

II. — Certains auteurs font remonter à la même époque deux collèges de juges dont l'existence est certaine au septième siècle, les décemvirs et les centumvirs (2).

Il est en effet question, dans une loi attribuée par Tite-Live aux consuls de 305, de juges décemvirs. On a conjecturé que ces décemvirs se confondent avec ceux que mentionne Pomponius, et que l'on retrouve dans les monuments épigraphiques sous le nom de *Xviri stlitibus judicandis* (3). Au temps de Cicéron, ils étaient compétents pour les procès relatifs à la liberté. Il nous semble bien difficile d'identifier ces deux sortes de décemvirs. Ce n'est pas seulement par leur dénomination qu'ils diffèrent : ceux du septième siècle formaient un collège composé de membres des deux ordres, accessible même aux patriciens (4); les décemvirs dont parle Tite-Live devaient être exclusivement plébéiens, la loi leur accorde l'inviolabilité comme aux tribuns et aux édiles plébéiens (5). D'autre part, les décemvirs des derniers siècles de la République sont des magistrats inférieurs qui, suivant Pomponius, furent créés longtemps après les Douze Tables pour présider les centumvirs. Le témoignage de ce jurisconsulte confirme la distinction qui nous paraît exister entre les deux sortes de décemvirs.

Les décemvirs de l'an 305 étaient pourtant des juges (6). On ignore quelle était leur compétence à côté de l'*unus judex* mentionné dans les Douze Tables. Si Tite-Live n'a pas commis d'erreur en parlant de ces décemvirs à l'occasion de la loi Valeria Horatia, il est probable que ce collège de décemvirs eut une existence éphémère, puisqu'on n'en retrouve plus la trace à l'époque postérieure, et que les auteurs anciens n'ont jamais songé à rattacher à cette institution celle des décemvirs *stlitibus judicandis*.

III. — Le collège des centumvirs joue un rôle important dans la procédure romaine aux derniers siècles de la République et au commencement de l'Empire, au temps de Crassus et de Cicéron, comme au temps de Pline le Jeune (7). Quelques auteurs le font

(1) Cf. Bethmann-Holweg, I, 54; Bekker, I, 70; Ihering, II, 76; Kuntze, I, 86.

(2) Keller, *La procédure civile chez les Romains*, trad. Capmas, §§ 5 et 6. Rudorff, *Röm. R. G.*, II, § 7; Esmarch, *Röm. R. G.*, 28; Voigt, I, 635.

(3) Liv., III, 55; Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 29; *C. I. L.*, I, 38, de l'an 615.

(4) Inscr. citée dans Mommsen, I, 344; II, 590, 606. Cf. Wlassak, *Röm. Proz.*, 145.

(5) Schwegler, *Röm. Gesch.*, III, 74.

(6) Ce point a été contesté par Zumpt, *Criminalrecht*, I, 23, et par Puntschart, *Civilrecht*, 82, qui mettent une virgule entre *judicibus* et *decemviris*. Contra Wlassak, 140. Voigt, I, 634, soutient que les décemvirs jugeaient les procès entre plébéiens.

(7) Cic., Brut., 39; De or., 39; P. Cæc., 24; Plin., Ep., VI, 33.

remonter à l'origine de Rome (1); ils l'identifient avec le sénat de Romulus, à cause de la concordance parfaite qui existe entre le chiffre des membres de chacun de ces corps. On sait d'ailleurs que, suivant Denys, Servius attribua aux sénateurs le jugement des affaires privées : ce serait donc tout au moins Servius qui aurait créé le tribunal des centumvirs. On fait également remarquer que Lydus, dans le passage où il parle des centumvirs, parle aussi du Sénat de cent membres. On cite enfin deux faits qui semblent dénoter l'ancienneté de l'institution des centumvirs : l'usage exclusif de la procédure par serment qui s'y est maintenue alors qu'elle avait été supprimée partout ailleurs (2); l'usage de planter une lance devant le lieu où siégeait le tribunal.

Ces raisons ne nous semblent pas décisives. L'usage de la lance s'explique aisément par la nature des affaires soumises à l'appréciation des centumvirs : ils étaient compétents en matière de revendication; or, dans les procès de cette nature, la vindicte, symbole de la lance, jouait un rôle dans le combat simulé qui avait lieu devant le magistrat. Il n'est pas étonnant qu'on ait, lors de la création des centumvirs, transporté l'usage de la lance de la procédure *in jure* à la procédure *in judicio,* et qu'on ait planté la lance devant le lieu où siégaient les centumvirs comme pour dire : Ici l'on juge les questions de propriété.

L'emploi de la procédure par serment ne prouve pas davantage l'antiquité de l'institution des centumvirs : c'était la procédure qui, de tout temps, avait été suivie dans les procès relatifs à la propriété. Lorsque l'usage de disposer entre vifs ou par testament de la propriété foncière commença à se répandre, les questions de propriété devinrent délicates à juger. Les règles de droit étaient insuffisantes; il y avait une appréciation morale à faire, par exemple en cas d'usucapion, d'exhérédation, d'omission d'un héritier sien, de validité ou de nullité d'un testament (3). Si, dans ces causes, la procédure par serment s'est longtemps conservée, c'est qu'elle se prêtait mieux que toute autre à ce genre d'appréciation : la déclaration des centumvirs ressemblait au verdict du jury dans nos Cours d'assises. Les centumvirs déclaraient qu'en leur âme et conscience la prétention du demandeur leur paraissait juste ou injuste.

Le seul texte que l'on possède sur l'institution des centumvirs nous porte à croire qu'elle ne remonte pas au delà du sixième siècle. D'après Paul Diacre, la création des centumvirs suppose

(1) Sanio, *Varroniana,* 121. Cf. Kuntze, II, 115; Karlowa, *Civilproz.*, 249.
(2) Gaius, IV, 31.
(3) Cic., De or., I, 38.

l'existence de trente-cinq tribus; les centumvirs étaient élus à raison de trois par tribu : ils étaient par conséquent au nombre de cent cinq; cependant on avait trouvé plus commode de les appeler centumvirs (1). L'institution des centumvirs ne serait donc pas antérieure à l'an 513, date de la création de la trente-cinquième tribu.

Le collège des centumvirs comprenait des délégués de toutes les tribus. Ces délégués exerçaient-ils une fonction permanente? Cela est douteux. Nulle part leur titre ne figure dans la hiérarchie des honneurs, tandis qu'on trouve dans les inscriptions celui des décemvirs. Peut-être étaient-ils pris sur la liste des juges, soit pour une affaire déterminée, soit pour certains genres d'affaires (2).

II

PROCÉDURE DES ACTIONS DE LA LOI.

1. — La procédure antique comprend l'ensemble des formalités à observer pour être autorisé à se faire justice soi-même. Ces formalités sont plus ou moins compliquées suivant les cas. Pour en comprendre la signification, il ne faut pas perdre de vue que nous sommes à une époque voisine de celle où la victime d'une injustice tirait elle-même vengeance du tort qu'elle avait subi. Désormais le droit à la vengeance privée est soumis à certaines restrictions : il est subordonné à l'accomplissement de certaines solennités. Le moins que l'on exige, c'est l'affirmation préalable du droit que l'on veut exercer. Avant de se faire justice, on doit prononcer à haute voix la formule consacrée (3).

La procédure ne se déroule pas nécessairement en présence du magistrat. Dans les cas même où le représentant de l'État intervient, une différence profonde sépare la procédure antique de la procédure moderne : il est de principe à Rome que l'État ne s'impose pas pour trancher les différends qui s'élèvent entre

(1) « *Centumviralia judicia* a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romæ XXX et V tribus... terni ex singulis tribubus sunt electi ad judicandum, qui centumviri appellati sunt; et, licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. » Après *XXX et V tribus*, P. Diacre ajoute : « quæ et curiæ sunt dictæ ». Il confond la tribu locale avec la curie, bien que la division en curies, qui est contemporaine de la fondation de Rome, n'ait rien de commun avec la division en trente-cinq tribus, commencée sous Servius et achevée en 513. P. Diacre a été sans doute induit en erreur par un passage de saint Augustin (Sermon sur le Ps. 121, c. 7) qui explique à ses auditeurs le mot *tribu* en le rapprochant du mot *curie*. Cf. Mommsen, III, 99 (110); II, 220.

(2) Madvig, II, 231 (251[3]).

(3) Gaius, IV, 21, 29.

citoyens. La soumission à la justice publique est purement volontaire; il faut que les parties s'entendent pour demander un juge. Si le défendeur refuse son adhésion, le demandeur peut faire usage d'une voie de procédure qui enlèvera à son adversaire tout prétexte pour se dérober au débat : il le provoquera à affirmer son droit sous la foi du serment et à consigner une somme qui sera perdue si son affirmation est reconnue injuste. Le défendeur n'avait aucune raison plausible pour repousser cette proposition.

Ce n'est pas seulement à ce point de vue que la procédure primitive des Romains diffère de celle qui est usitée de nos jours. Aujourd'hui la procédure comprend l'ensemble des règles relatives à un triple objet : la compétence des tribunaux, l'instruction des procès, l'exécution des jugements. A Rome, la procédure tire son nom (*legis actio*) des solennités à accomplir pour affirmer le droit que l'on prétend avoir. L'instruction de l'affaire par le juge est étrangère à la notion de la *legis actio;* la direction des débats *in judicio* est laissée à l'arbitraire du juge; le législateur s'est abstenu de la réglementer.

Il n'y avait pas non plus de règles sur la compétence des tribunaux. Ces règles n'avaient pas de raison d'être à l'époque où le roi jugeait lui-même les procès. Elles ont été introduites au fur et à mesure de la création des collèges de juges (décemvirs, centumvirs), et lorsque le magistrat prit l'habitude de déléguer le pouvoir de juger à un simple citoyen.

Quant à l'exécution du jugement, c'est l'affaire du demandeur qui obtient gain de cause. Le magistrat n'intervient que si le défendeur en conteste la légitimité.

Ainsi les formes de la procédure, qui aujourd'hui fournissent au juge les moyens de découvrir plus sûrement la vérité, avaient, dans l'ancienne Rome, pour but de subordonner l'exercice de la justice privée à l'existence d'un droit incontestable et publiquement affirmé. Les formalités à observer variaient suivant les cas. On distingue quatre modes de procéder qui tirent leur nom de l'un des éléments de la solennité. Ils ont lieu : 1° *sacramento;* 2° *per judicis postulationem;* 3° *per manus injectionem;* 4° *per pignoris capionem.* Les formalités se réduisent à leur minimum dans la *manus injectio* et dans la *pignoris capio;* elles sont plus complexes dans la *judicis postulatio;* elles le sont plus encore dans la procédure par serment.

A chacun de ces modes de procéder correspond un nombre plus ou moins grand de formules, composées par les pontifes pour les hypothèses diverses qui en motivent l'emploi : ce sont là les « actions de la loi » proprement dites, c'est-à-dire les formules

solennelles accommodées aux termes de la loi. Par extension, on donna également le nom d'actions de la loi aux modes de procéder (1).

II. — La procédure des actions de la loi présente trois traits distinctifs : 1° elle suppose l'emploi de paroles solennelles ; 2° elle ne peut avoir lieu qu'à certains jours déterminés, ceux qu'on appelle les jours fastes (2) ; 3° elle exige la présence des parties intéressées.

Il est de principe qu'on ne peut prendre part à une action de la loi au nom d'autrui (3). Cependant il y a quelques exceptions : 1° lorsqu'il s'agit d'une personne dont on est chargé de défendre les intérêts (*pro tutela lege agere*) (4) ; 2° lorsqu'un vol a été commis au préjudice d'une personne absente ou dont le tuteur est absent pour le service de l'État, ou captive chez l'ennemi, tout citoyen est autorisé par la loi Hostilia à exercer à sa place l'action *furti*.

D'autre part, il y avait certains cas où la partie intéressée ne pouvait pas comparaître en justice et devait se faire remplacer par un *vindex :* 1° dans les procès relatifs à la liberté ; le *vindex* portait ici le nom d'*adsertor in libertatem ;* 2° lorsqu'un *judicatus* refusait d'exécuter une sentence judiciaire.

En dehors de ces cas, le demandeur invitait verbalement son adversaire à le suivre devant le magistrat (*in jus vocat*). Le défendeur devait répondre à cet appel sans délai (5). En cas de refus ou de retard du défendeur, le demandeur prend des témoins et l'appréhende au corps (6) ; mais il ne peut franchir le seuil de sa maison (7).

(1) Cf. Ihering, III, 212. *Supra*, p. 150.

(2) Varr., L. l., VI, 4, 29, 31. Cf. sur la distinction des *dies fasti, nefasti, comitiales*, Karlowa, 271 ; Hartmann, 10 ; Kuntze, II, 156 ; Voigt, I, 517. *Infra*, p. 446.

(3) Gaius, IV, 82 : Nemo alieno nomine lege agere potest. Eisele, *Cognitur und Procuratur*, 1881, a soutenu qu'on pouvait se faire représenter par un *cognitor*, sinon *in jure*, du moins *in judicio*. Lenel (Z. Sav. St., IV, 149) l'admet même *in jure*. Contra, Hölder, Krit. Vschr., XXIV, 17 ; Cogliolo, *Storia*, I, 219.

(4) La portée de cette exception, qu'on ne connaît que par Inst., IV, 10 pr., et par Théophile, n'est pas certaine. En général, on l'entend dans le sens indiqué qui est le plus conforme à l'ensemble du texte ; mais les uns la restreignent au tuteur (Keller, § 54, n. 631), les autres l'étendent au curateur, et au patron pour ses clients et pour ses hôtes (Voigt, I, 574). Karlowa, 356, et Gérardin, *La tutelle*, 8, conjecturent que le tuteur agit ici *suo nomine* en vertu d'un droit propre qu'il aurait sur les biens du pupille. Enfin Hruza (*Ueber das* lege agere pro tutela, 1887) pense qu'il s'agit ici de la *postulatio suspecti*. Cf. Lotmar, Kr. Vschr., XXX, 187.

(5) Si l'âge ou la maladie l'empêchaient de marcher, on le plaçait sur une bête de somme et on le transportait au *comitium*. Gell., XX, 2. Le demandeur n'était pas tenu de fournir un char en forme de caisse (*arcera*). Varr., ap. Non., 55, 2.

(6) S'agit-il d'une véritable *manus injectio ?* Ceux qui pensent que la *manus injectio* suppose une sentence judiciaire, soutiennent qu'il n'y a rien qu'un acte de force. (Voy. Gauckler, *loc. cit.*, 621.)

(7) Gaius, 3 ad XII Tab., D., II, 4, 18 et 20. Si le défendeur persiste à rester chez lui, y avait-il un moyen de vaincre sa résistance ? Nous ne croyons pas que le texte

§ 1er. — *Sacramentum.*

I. — La procédure par serment offre dans ses phases multiples un tableau saisissant du système de la justice privée. Mais au moment où les parties vont en venir aux mains, le magistrat les arrête ; l'exercice de la justice privée est suspendu jusqu'à ce qu'on ait décidé qui a tort et qui a raison. S'il est reconnu que l'affirmation du demandeur est juste, la justice privée reprend son cours. Cette procédure a donc pour but de constater l'existence du droit prétendu par le demandeur, et pour résultat de forcer la victime d'une injustice à surseoir à sa vengeance. Par rapport au système de la justice privée, il y avait là un progrès.

Cette action de la loi tire son nom du *sacramentum* qui en forme le trait caractéristique. Le mot *sacramentum* reçoit une double acception : il désigne d'une part une déclaration faite par chacun des plaideurs sous la foi du serment, d'autre part le dépôt d'une somme d'argent que chacun d'eux consent à perdre si son affirmation est reconnue injuste (1). La marche de la procédure, les phases diverses de son développement dans les contestations relatives à la propriété, sont décrites par Gaius (2).

Le demandeur affirme que telle chose lui appartient en vertu du droit des Quirites et conformément à la désignation qu'il en a faite (3). Puis, avançant la main (4), il saisit l'objet qu'il revendique comme pour se faire justice, et le touche avec une baguette qui représente la lance, comme pour le défendre contre l'attaque de l'adversaire (5). Il appuie ce geste d'une déclaration (6).

Le défendeur doit dire s'il entend contester l'affirmation du demandeur (7). Il peut avouer (*confessio*) ou nier (*infitiatio*). S'il nie, il doit, à son tour, mettre la main sur l'objet dont il se prétend propriétaire, et déclarer qu'il est prêt à le défendre contre toute attaque.

invoqué par Voigt, I, 536, soit assez précis pour l'affirmer. (Paul, 1 ad Ed., D., II, 4, 21.) Est-ce aussi devant la porte du défendeur qu'avait lieu l'*obvagulatio* mentionnée par P. Diacre, v° *Portum?* Ici encore la réponse est douteuse, parce qu'on ne sait pas exactement à qui font allusion les mots *cui testimonium defuerit.*

(1) P. Diac. : *Sacramentum* dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita geritur. Festus : *Sacramentum* æs significat, quod pœnæ nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contendit. Cf. Danz, *Der sacrale Schutz,* p. 151 ; Karlowa, *Civ. pr.,* 17 ; Kuntze, I, 89. La nécessité d'une déclaration sous serment est contestée. Voigt, I, 590. Cf. Bekker, I, 61.

(2) Gaius, IV, 16.

(3) Cic., P. Mur., 12 : Fundus (Capenates) qui est in agro qui Sabinus vocatur, hunc ego fundum ex jure Quiritium meum esse aio. Cf. *C. I. L.,* II, 5042.

(4) P. Diac. : *Adserere manum* est admovere.

(5) Gell., XX, 10 : Vis festucaria.

(6) « Ecce tibi vindictam imposui. » Il est à noter qu'il s'exprime au passé

(7) Gaius, IV, 24 : Anne tu contra vindices?

Après cette double mainmise sur l'objet revendiqué (1), le magistrat intervient : il ordonne de cesser le combat (*Mittite ambo hominem*). Le demandeur invite alors le défendeur à dire en vertu de quel droit il prétend à la propriété. Le défendeur peut, ou bien nommer celui de qui il tient la chose (*auctorem laudare*), ou déclarer qu'il n'a rien à ajouter (*jus peregi sicuti vindictam imposui*).

Ici se place le *sacramentum*. Sur l'invitation du magistrat (2), le demandeur jure qu'il est propriétaire et provoque son adversaire à déposer 50 ou 500 as s'il se croit sûr de sa prétention. Le défendeur en fait autant (3), et chacun de consigner le montant du pari. L'argent était déposé probablement dans la demeure du grand pontife (4) et affecté à l'entretien du culte public (5).

La somme à consigner était de 500 ou de 50 as, suivant que l'objet du litige valait plus ou moins de 1,000 as. Il fallait être riche pour courir le risque de perdre une somme aussi forte (6). Dans les procès relatifs à la liberté, le dépôt fut limité par les Douze Tables à 50 as pour favoriser ceux qui voudraient se charger de ces procès. Avant l'introduction de la monnaie, on consignait vraisemblablement cinq bœufs ou cinq brebis, suivant l'importance de l'affaire. D'après la loi Aternia Tarpeia, un bœuf était estimé 100 as, une brebis 10 as. Cette loi, il est vrai, s'appliquait, suivant Aulu-Gelle, aux amendes, mais Cicéron semble l'entendre du *sacramentum*, qui au fond se résume en une amende pour le perdant (7).

Le dépôt effectué, le magistrat attribue à l'un des plaideurs la chose litigieuse (*vindiciarum dictio*). Le mot *vindicia* ou *vindiciæ* désigne l'objet revendiqué avec les fruits ou la jouissance de la chose. On l'attribue à celui des plaideurs que les parties désignent, si elles sont d'accord sur ce point (8); sinon au défen-

(1) *Manum conserere*. Gell., XX, 10.

(2) Val. Prob. : Si negat, sacramento quærito.

(3) Cf. sur la *contravindicatio*, Lotmar, *Zur* leg. a. Sacr. in rem, 1876, p. 46; Brinz, *Zur Kontravindication in der* l. a. sacramento, 1877, p. 111.

(4) *Ad pontem*. Varr., L. l., V, 36. Cf. Voigt, I, 591. Danz (Z. f. R. G., VI, 357) a conjecturé qu'il s'agit ici d'un pont conduisant à l'île du Tibre où se trouvait une chapelle de Jupiter Jurarius et de Deus Fidius. Cf. Huschke, *Die* Multa *und das* Sacramentum, 1874, p. 410.

(5) Festus : « Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est quod et propter ærari inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur, id in rebus divinis. » Il n'est dit nulle part que le *Sacramentum* ait été directement attribué aux pontifes; il est vraisemblable qu'anciennement, comme au temps de Gaius, il appartenait au trésor public, mais avec cette différence qu'il y entrait avec une affectation déterminée.

(6) Gaius, IV, 14. Cf. Ihering, *Scherz und Ernst*, 175.

(7) Voy. *supra*, p. 256, n. 3.

(8) Cedere vindiciis, Liv., III, 44, 45. Plus tard *vindicia* désigna la possession intérimaire (Gaius, IV, 16); on distingua dès lors *lis* et *vindicia*. Bechmann, 31.

deur, pouvu qu'il fournisse caution, à défaut au demandeur sous la même condition (1). La *vindiciarum dictio* conférait simplement l'*usus,* ce qu'on a appelé plus tard la possession.

Si le défendeur succombait, il était tenu de restituer la possession qu'on lui avait attribuée à tort, par erreur (*falsæ vindiciæ*); il rendait la chose et le profit qu'il en avait retiré. Il supportait les risques résultant de la perte totale ou partielle. Dans ce cas, on chargeait trois arbitres de déterminer la valeur de la chose (*arbitrium liti æstimandæ*): le défendeur devait payer le double de cette estimation (2).

Les formalités qui viennent d'être décrites supposent que l'objet était porté devant le tribunal. Par qui était-il porté ? C'est là, dans le récit de Gaius, un point qui reste obscur. Rien ne nous autorise à penser que le défendeur fût tenu de porter lui-même l'objet, ni de le laisser prendre par le demandeur. Il est probable que le demandeur s'emparait de vive force de l'objet et se rendait immédiatement devant le magistrat pour affirmer son droit sur la chose, sans quoi on l'eût traité comme un voleur. Pour les choses qui ne pouvaient être transportées, régulièrement on aurait dû se rendre sur les lieux : on s'en dispense en se conviant réciproquement à simuler un combat hors du prétoire (3). Ces solennités ne sont pas des créations arbitraires de la loi, mais la reproduction fidèle de ce qui devait primitivement se passer dans la pratique; le combat réel fut simplement remplacé par un combat simulé. Les pontifes n'avaient eu qu'à fixer la teneur des formules à prononcer.

On remarquera la concordance parfaite des solennités que doivent accomplir les deux parties. Elle rend manifeste le consentement réciproque des adversaires à faire statuer sur la légitimité de leurs prétentions respectives. Pour qu'il n'y eût aucune incer-

(1) Voy. *supra*, p. 383. On a prétendu que le préteur jouissait d'un pouvoir arbitraire pour l'attribution des *vindiciæ*. Cette conjecture, qui a été imaginée pour expliquer l'origine des interdits *retinendæ possessionis* et de la *bonorum possessio,* est contraire aux textes : Denys, XI, 30; Liv., III, 44; Pomp., Ench., D., I, 2, 2, 24. On a objecté que ces textes prévoient un cas exceptionnel, celui d'une question d'état. Mais Gaius, IV, 94, dit sans distinguer : « Olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis... a possessore petitori dabantur », et cette règle s'est conservée pour la caution *judicatum solvi.* Paul, I, 11, 1. Les textes qu'on a invoqués ne sont pas probants : Cic., 2ª in Verr., I, 45, suppose que la *bonorum possessio* a été accordée, en vertu de l'Édit, antérieurement à tout procès; Plin., H. n., VII, 4, prouve simplement que le demandeur en pétition d'hérédité succombera, s'il a pour adversaire une personne qui, d'après l'Édit, doit l'emporter sur un héritier régulièrement institué. Cf. Voigt, II, 51; Maynz, III, 208; Bechmann, 31.

(2) Ps. Ascon. in Verr., 191, *in* Bruns, 398. Voy. *infra*, p. 417, n. 2.

(3) Bechmann, *Studie im Gebiete der* l. a. Sacramenti in rem, 1889, p. 12. Le demandeur, après avoir affirmé son droit, dit : *Inde* (d'ici) *ibi* (là où est la chose) *ego te ex jure* (en dehors du prétoire) *manum consertum voco.* Le défendeur répond : *Unde* (de cet endroit où) *tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* (je renouvelle l'appel). Le magistrat leur ordonne de partir avec leurs témoins, puis il leur dit : *Redite viam.* Cf. Voigt, I, 595; Krueger, Z. Sav. St., 1889, p. 175.

titude à cet égard, il était d'usage de prendre des témoins afin d'attester, en cas de besoin, ce qui se passerait *in jure*. C'est ce qu'on appelait *litis contestatio*. L'importance capitale qu'on lui attribuait dans la procédure prouve que l'accord des parties était indispensable pour que l'État vînt s'immiscer dans leur différend.

La procédure par serment s'appliquait en matière personnelle aussi bien qu'en matière réelle. Elle était, dit Gaius, d'une application générale : c'était la forme usitée toutes les fois qu'il n'en avait pas été décidé autrement par la loi ou par la coutume (1). Étaient exclus de la procédure par serment les cas qui donnaient lieu à la *manus injectio,* à la *pignoris capio,* à l'*arbitri postulatio*, peut-être aussi les actions personnelles tendant à *damnum decidere* ou à *noxiam sarcire*.

II. — Qui était chargé de décider si le serment était juste? On en est réduit à des conjectures. Si, comme nous avons essayé de l'établir, décemvirs et centumvirs n'existaient pas encore, la question est assez délicate. Aux derniers siècles de la République, les décemvirs jugeaient les procès relatifs à la liberté (2) ; les causes concernant l'usucapion, la tutelle, la gentilité, l'agnation, l'alluvion, le *nexum,* la mancipation, les servitudes, les testaments, étaient dévolues aux centumvirs (3). Aux premiers siècles, qui était compétent? Dans une opinion très répandue, on pense que d'assez bonne heure on chargea un simple juge de statuer sur le mérite du serment. La seule raison qu'on en donne est bien fragile. Gaius, dit-on, en exposant les détails de la procédure par serment, mentionne l'usage de nommer un juge ; il fait connaître dans quelles conditions le juge était nommé avant et depuis la loi Pinaria (4). Pouvons-nous en conclure qu'il était chargé de statuer sur le serment? Il serait téméraire de l'affirmer, car ce passage de Gaius a vingt-trois lignes dont on n'a pu déchiffrer que quelques lettres. Il est d'autant plus difficile de l'admettre que dans tous les textes qui citent des applications de la procédure par serment, il n'en est pas un qui parle du renvoi de l'affaire devant un simple juge : partout, même dans Gaius, on cite les centumvirs ou les décemvirs (5). Comment Gaius a-t-il été amené à parler du juge unique à propos de la procédure par serment? On l'explique aisément si l'on admet que, tout au moins dans certains cas, le défendeur avait la faculté de demander un juge ; cette

(1) Gaius, IV, 13.
(2) Cic., P. Cæc., 38 ; P. dom., 29.
(3) Cic., De or., I, 38. Aj. Quintil., IV, 2, 5.
(4) Gaius, IV, 15.
(5) Gaius, IV, 95.

demande faisait échapper le défendeur aux conséquences pénales du *sacramentum* (1).

Dans le cas où le défendeur ne demandait pas un juge, qui avait qualité pour prononcer sur le litige? Probablement les pontifes (2). Mais il ne faut pas se méprendre sur le rôle qu'ils jouaient ici : ils ne statuaient pas comme juges. L'opposition que Gaius établit entre la procédure par serment et celle où l'on demande un juge le prouve suffisamment. Le dépôt *ad pontem* du *sacramentum* avait pour effet de faire du procès une cause sacrée et de motiver l'intervention des pontifes. Ils donnaient leur avis comme interprètes de la volonté des dieux (3). La question qui leur était soumise n'était pas une question de droit : elle avait pour but de déterminer lequel des plaideurs avait eu raison de prendre les dieux à témoin de son affirmation; c'était une question religieuse qu'il y avait à résoudre (*religionis explanatio*). On demandait aux pontifes une consultation et non un jugement. Mais comme la solution de la question religieuse entraînait par voie de conséquence la solution du litige, les pontifes furent bien vite considérés comme ayant une autorité égale à celle des juges (4).

Le rôle que nous attribuons aux pontifes dans les causes privées est précisément celui qui leur appartient, de l'aveu de tous, dans les causes qui intéressent la cité. Aucun texte ne confirme explicitement notre conjecture, mais un passage de Pomponius trouve son explication naturelle dans cette manière de voir. Chaque année, dit ce jurisconsulte, l'un des pontifes était délégué pour *præesse privatis* (sous-entendu *litibus* et non *judiciis*, car il n'y avait pas ici de *judicium*). Cela ne veut pas dire qu'il présidait une sorte de tribunal chargé de statuer sur l'affaire, mais qu'il émettait un avis décisif pour la solution des litiges. Cette explication est confirmée, ce semble, par un passage de Cicéron : l'intervention du collège des pontifes, dit-il, n'est pas nécessaire pour définir un devoir imposé par la loi religieuse; il suffit de l'avis d'un seul, pourvu que ce ne soit pas un novice (5).

(1) Il semble résulter d'un fragment de PSEUDO-ASC., in Verr., II, 1 (BRUNS, 397), qu'il fut permis, à une époque postérieure à la loi Pinaria, de demander un juge dans tous les cas où il y avait lieu au *sacramentum*. « Cum in rem aliquam agerent litigatores et pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem qui dabatur post trigesimum diem. »

(2) IHERING, I, 293; KARLOWA, *Civ. pr.*, 24, 28.

(3) CIC., De harusp., 7 : « Ita est enim interpretatio illa pontificum ut iidem potestatem habebant judicum. » Cicéron emploie plusieurs fois le mot *judicare* pour désigner une décision de pontifes (*eod. loc.*) : Nego unquam... ulla de re... tam frequens collegium judicasse.

(4) Cf. JÖRS, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, 51.

(5) CIC., De harusp., 7. Voy. *supra*, p. 146.

Le droit de prononcer sur le serment a dû être enlevé aux pontifes lors de la sécularisation de cette procédure. La transformation de la nature du *sacramentum* résulte de divers faits : d'abord du changement survenu dans la signification de ce mot. Il désignait primitivement un serment, plus tard il désigna la somme d'argent payée par celui des plaideurs qui perdait son procès. Anciennement l'argent était remis aux pontifes, plus tard on se contenta de promettre au préteur, sous la garantie de cautions, de verser au trésor la somme fixée (1) ; les *triumviri capitales* furent chargés d'en opérer le recouvrement. Ces divers changements prouvent que la procédure par serment n'avait plus un caractère religieux. Dès lors il n'y avait pas de motif pour demander aux pontifes la solution du litige.

L'affirmation respective des parties en cause n'étant plus appuyée sur un serment, la procédure aurait dû recevoir une dénomination nouvelle. On laissa également subsister ce mode de procéder qui avait pour trait caractéristique de suspendre l'exercice de la justice privée jusqu'à ce qu'on eût prononcé sur le mérite de l'affirmation de chacune des parties. Mais à l'appréciation religieuse des pontifes on substitua l'appréciation morale des décemvirs ou des centumvirs (2).

Il est difficile de préciser l'époque où eut lieu cette transformation. Mais comme la création des triumvirs (*capitales*) se place entre 512 et 630, et que l'institution des centumvirs est postérieure à 513 et antérieure au milieu du septième siècle, on peut conjecturer que c'est au cours du sixième siècle qu'on cessa de demander aux pontifes de statuer sur le serment. Si les pontifes furent remplacés par les délégués des tribus, c'est que depuis la création de la procédure par *condictio* il n'y avait que les actions réelles et les questions d'état qui fussent restées soumises à la procédure par serment. On estima sans doute que ces questions, qui pouvaient modifier la situation d'un citoyen dans la tribu et au point de vue du cens, seraient mieux appréciées par les délégués des tribus.

En confiant aux centumvirs le soin de statuer sur la propriété, aux décemvirs le soin de trancher les questions d'état, on voulut donner aux plaideurs des garanties qu'on n'aurait pas trouvées dans un juge unique. On ne voulut pas laisser à la merci d'un simple citoyen des intérêts aussi graves. C'est pour cela que la

(1) Gaius, IV, 13. Ce fut une heureuse innovation pour les plaideurs pauvres, au moins dans le cas où la procédure par serment était seule possible.

(2) Pline, Ep., VI, 33, appelle les sections du collège des centumvirs *consilia*. N'est-ce pas dire qu'ils donnaient des avis au lieu de rendre des jugements?

procédure par serment se conserva si longtemps dans les actions réelles.

Lorsque la procédure par formules devint d'une application de plus en plus générale, on n'osa pas enlever aux citoyens la faculté de recourir à la procédure antique, où l'on n'avait à redouter ni l'arbitraire d'un préteur comme Verrès, ni la légèreté ou la malhonnêteté d'un juge. Dans les provinces où l'on ne jouissait pas du même privilège, la fortune des citoyens était à la discrétion d'un gouverneur ou d'un juge (1). Les centumvirs délégués des tribus étaient indépendants; ils n'avaient pas d'instructions à recevoir du préteur. Les parties pouvaient cependant d'un commun accord s'en remettre à un juge : elles y trouvaient un avantage, celui d'éviter la peine du *sacramentum* (2).

§ 2. — *Judicis postulatio.*

I. *Caractère distinctif de cette procédure.* — On sait fort peu de chose sur ce mode de procéder. Les feuillets du manuscrit de Gaius où se trouvaient les détails de cette procédure n'existent plus. Il semble même assez difficile de déterminer les cas où elle s'appliquait, puisque la procédure par serment avait une portée générale. Nous croyons pourtant que l'on peut expliquer la coexistence de ces deux modes de procéder. Voici la conjecture qui nous semble la plus plausible (3).

Si l'on compare la procédure où l'on demande un juge avec la procédure par serment, on aperçoit tout de suite une différence importante. Pourquoi présenter la demande d'un juge comme le trait caractéristique de l'une de ces procédures? N'en est-il pas de même dans l'autre? Non! Dans la procédure par serment, on élève une prétention absolue; on prend les dieux à témoin, on n'hésite pas à exposer une somme considérable, tant on se croit sûr de son droit; on veut lutter les armes à la main contre son ennemi, et le combat suivrait son cours si le magistrat ne venait

(1) Cic., 2ª in Verr., II, 12.

(2) Devaient-elles en ce cas recourir à une *sponsio* préjudicielle (Gaius, IV, 94) portant sur une somme d'argent déterminée? ou pouvaient-elles, avant les lois *Juliæ*, demander une formule pétitoire? Les avis sont partagés. On ne connaît qu'un seul exemple de formule pétitoire du temps de la République; il est rapporté par Cicéron (*loc. cit.*) et paraît particulier à la procédure dans les provinces. La formule pétitoire n'était d'ailleurs pas admise en matière d'hérédité (Cic., in Verr., I, 45). Pour la servitude d'égout (*stillicidia*), Cicéron (Or., 21) mentionne l'*unus judex* sans caractériser la procédure à suivre. Voy. en sens divers : Puntschart, *Civilrecht*, 349; Eisele, *Abhandlungen der röm. Civilprozess*, 1889, p. 117; Wlassak, *Röm. Proz.*, 110.

(3) Voy. en sens divers : Keller, § 17; Bethmann-Hollweg, I, 60; Voigt, I, 601.

y mettre fin en renvoyant les adversaires devant un tribunal qui appréciera leurs déclarations et déterminera celle qui est juste. La procédure par serment contient des vestiges très reconnaissables du système de la justice privée : les conséquences en sont simplement atténuées, grâce à l'intervention du magistrat.

La procédure qui est caractérisée par la demande d'un juge se rattache à un ordre d'idées tout différent : c'est la renonciation à l'usage antique de se faire justice soi-même, c'est un hommage rendu à l'autorité publique. On demande un juge non pas seulement pour vérifier si la prétention du demandeur est juste, mais surtout pour reconnaître son droit à exiger une certaine somme du défendeur. On demande un juge dans les cas où il y a une estimation à faire, une obligation à faire naître à la charge du défendeur.

Une autre différence non moins importante, c'est que la *judicis postulatio* n'avait pas un caractère religieux comme le *sacramentum* (1).

Était-on libre de choisir entre les deux procédures ? Ou bien la *judicis postulatio* dépendait-elle de la nature de l'affaire ? Au temps de Gaius, il dépendait des parties d'éviter le *sacramentum* en demandant au préteur une formule contenant l'institution d'un juge. Il en était probablement de même à l'époque antérieure. Un passage de Gaius permet d'affirmer que les deux procédures étaient possibles lorsqu'on réclamait une somme d'argent déterminée (2). Il devait y avoir ici une règle analogue à celle que nous voyons appliquée en matière d'interdits : Gaius dit que la procédure entraîne une peine pour celui qui succombe lorsqu'on agit *per sponsionem;* tandis que si l'on demande un arbitre, on n'encourt aucune pénalité. Il ajoute qu'il ne dépend des parties de choisir entre les deux procédures que pour les interdits restitutoires et exhibitoires (3) ; pour les prohibitoires, il faut toujours agir *per sponsionem* et par conséquent *cum pœna*. La peine de la *sponsio* correspond bien au *sacramentum,* et de même que la procédure par serment formait la règle générale, de même pour les interdits restitutoires et exhibitoires la procédure *cum pœna* était

(1) Karlowa, *Civilpr.*, 278, en conclut qu'elle pouvait avoir lieu, sinon un jour néfaste, du moins un jour autre qu'un jour faste.

(2) Gaius, IV, 20. Cf. Puntschart, Krit. Vschr., 1885, p. 17. A Athènes, les procès relatifs à une succession avaient lieu soit par voie d'ἀμφισβήτησις, soit par voie de παρακαταβολή. La première procédure était la plus facile : l'opposant n'était pas soumis à la nécessité de consigner dès le début une somme égale au dixième de la valeur de la succession, somme qui était perdue s'il succombait. En choisissant la seconde voie de procédure, l'opposant prouvait qu'il avait grande confiance dant son droit. Voy. Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes*, 159.

(3) Gaius, IV, 141, 163.

de droit toutes les fois qu'on n'avait pas demandé un arbitre : d'où l'on peut conjecturer que la procédure des interdits a été calquée sur celle des actions de la loi.

Les deux procédures par serment et par demande d'un juge, si différentes par leur caractère, ne le sont pas moins par leurs résultats, lors du moins que le demandeur obtient gain de cause. Tandis que l'une aboutit à un jugement qui détermine l'étendue du droit du demandeur, dans l'autre on se borne à déclarer quelle est la partie dont le serment est juste (1).

On voit combien la procédure antique diffère de la procédure moderne. Aujourd'hui, celui qui agit en justice demande au tribunal deux choses : constater l'existence et déterminer l'étendue de son droit ; mettre à sa disposition la force publique pour obtenir ce qu'il réclame. Dans la procédure par serment, la déclaration du juge portait uniquement sur l'exactitude de l'affirmation de chacune des parties. Il n'avait ni à fixer l'étendue du droit, ni à assurer l'exécution de sa décision; c'était au demandeur à se faire justice (2).

Lorsqu'on demandait un juge, la procédure se rapprochait davantage de la procédure moderne; il subsistait toujours cette

(1) Cic., Pr. dom., 29; De or., I, 10; Quint., Decl., XII, 21; Cic., Pr. Cæc., 33.

(2) Est-il vrai que dans la procédure par serment, il ne soit pas prononcé de condamnation? Cela semble résulter du caractère même de cette procédure et de Gaius, IV, 48. Mais, a-t-on dit, ce texte n'est pas donné par les éditeurs tel qu'il est dans le manuscrit; on y a intercalé le mot *sed*, qui établit une antithèse là où Gaius signalait une analogie. On donnerait au texte un sens satisfaisant en mettant avant *sicut* un point au lieu de la virgule insérée par les éditeurs. Gaius dirait que, sous la procédure formulaire, la condamnation est pécuniaire, comme cela avait lieu autrefois lorsque le juge faisait l'estimation de la chose. (Brini, *Archiv. giurid.*, 1878, p. 217.) Mais au temps des actions de la loi, les textes ne citent qu'un seul cas où la revendication pût donner lieu à une *litis æstimatio :* c'est en cas de *falsa vindicia.* (*Supra*, p. 353, n. 9.) Le serment du possesseur d'une *res mancipi* a été déclaré injuste ; à défaut de restitution, le demandeur va se faire justice et s'emparer de la chose. Si elle a péri, il a un recours contre le possesseur, il peut l'appréhender au corps et se le faire attribuer par le magistrat. Les Douze Tables donnent à celui qui a obtenu à tort la chose litigieuse la faculté d'échapper à la *manus injectio* en demandant trois arbitres pour évaluer le préjudice causé, et en payant le double de cette estimation. Cf. Bekker, I, 84; Kuntze, II, 182; Voigt, II, 53, 664; *J. N.*, III, 710; Cogliolo, *Storia*, I, 261. Voy. cep. Keller, § 16; Karlowa, *Civ. pr.*, 144; Accarias, II, 679; H. Krueger, *Gesch. der* c. d., 265. Buonamici, Archiv. giur., 1890, XLIV, 389, a proposé une interprétation différente. Le texte, rapporté par Festus, viserait le cas où le défendeur aurait frauduleusement livré une chose autre que celle qu'on lui réclamait. *Vindicias ferre* signifierait, non pas prendre la chose attribuée par le préteur, mais au contraire la restituer en cas de défaite. Si cette interprétation était exacte, le défendeur serait puni à peu près comme le voleur non manifeste, avec cette différence que l'estimation de la chose serait confiée à des arbitres, et non à un juge. Mais il est difficile de croire qu'on ait autorisé un arbitrage pour réprimer un acte frauduleux : cela serait sans exemple. Il serait non moins étrange qu'on ait exigé la présence de trois arbitres, c'est-à-dire qu'on ait multiplié les garanties en faveur d'un malhonnête homme.

différence que la sentence du juge n'avait pas force exécutoire. Le juge n'était pas, comme de nos jours, un fonctionnaire public; c'était un simple particulier qui n'avait pas qualité pour mettre en mouvement la force publique. Son rôle se bornait à donner son avis sur l'affaire qui lui était soumise. Mais tandis que dans la procédure par serment il n'avait qu'à dire oui ou non, ici, il lui appartenait de régler la situation respective des parties.

La *judicis postulatio* suppose l'accord des volontés des parties. Si le demandeur refuse de s'associer à la demande d'un juge, pourrait-on vaincre sa résistance? On l'ignore. Peut-être, dans ce cas, le demandeur recouvrait-il le droit de se faire justice lui-même. Le défendeur avait donc tout intérêt à accepter l'arbitrage d'un tiers désintéressé qui fixait le montant de la composition à payer à la victime du tort.

Avait-on toujours le droit de demander un seul juge? Y avait-il, de même que pour les interdits, des cas où la procédure par serment ne pouvait être écartée? C'est un point qu'il est impossible de décider, faute de textes. On peut cependant conjecturer que l'action *sacramento* était la seule voie de procédure possible pour la propriété quiritaire (*familia, res mancipi*). Le dépôt minimum de 50 as représente la moitié de la valeur moyenne d'un bœuf (1).

II. *Institution d'un juge.* — Pendant plusieurs siècles, les fonctions de juge furent réservées aux sénateurs (2). S'il fallait en croire Cicéron, on ne pouvait nommer juge qu'un citoyen choisi d'un commun accord par les plaideurs (3). Cette assertion est trop absolue. En la prenant à la lettre, on arriverait à rendre impossible l'organisation de l'instance : il suffirait au défendeur de récuser tous les juges proposés par le demandeur. Un passage de Pline permet de rectifier ce que le texte de Cicéron a de trop général; il nous apprend que les juges étaient tantôt choisis par les parties, tantôt désignés par voie de tirage au sort (4).

(1) Les chevaux, à cette époque, coûtaient bien plus cher. Cat. ap. Gell., XI, 2.

(2) Plaut., Rud., III, 4, 8; Polyb., VI, 17. Cf. Bethmann-Hollweg, I, 66.

(3) Cic., Pr. Cluent., 43.

(4) Plin., H. n., præf.; Frontin, De controv. agr., II, 43, fait aussi allusion au tirage au sort des juges. Si l'assertion de Cicéron était exacte, on ne voit pas pourquoi la loi Pinaria aurait prescrit de laisser un intervalle de trente jours entre la *litiscontestatio* et la *judicis datio* : pourquoi attendre trente jours pour désigner officiellement un juge agréé, présenté par les parties? Ce délai s'explique très bien si le juge est tiré au sort. Cicéron (in Verr., II, 15) fournit à cet égard des détails très précis pour les assises tenues par les gouverneurs des provinces. Les causes devaient être inscrites (*dicam scribere*) trente jours au plus tard avant l'époque fixée pour le tirage au sort des juges (*dicas sortiri*); en cas d'inscription tardive, l'affaire était ajournée, à moins

La seule question est de savoir quand et comment s'introduisit à Rome l'usage de tirer les juges au sort, et dans quels cas on y procédait. Cet usage se rattache à l'*ordo judiciorum*. Du jour où l'on dressa des listes de juges susceptibles d'être appelés à statuer sur les affaires privées, on imposa aux citoyens inscrits une charge qui pouvait devenir très lourde : on dut prendre des mesures pour en diminuer le poids.

On fixa d'abord certaines époques où les juges seraient dispensés de siéger : c'était le temps des vacations. L'année judiciaire se trouva partagée en deux sessions, l'une d'hiver, l'autre d'été. Puis, pour éviter que le magistrat ne désignât un juge qui pourrait être soupçonné de partialité envers l'un des plaideurs, on décida que le juge serait tiré au sort pour chaque affaire. Enfin, pendant la durée même des sessions, on s'arrangea pour assurer au juge le plus de liberté possible. Au lieu de tirer au sort un juge pour chaque affaire soumise au magistrat, on répartissait les causes en séries, et le tirage au sort des juges chargés des affaires d'une même série se faisait en une seule fois, à une époque fixée d'avance. Chaque série comprenait toutes les causes inscrites trente jours au moins avant la date du tirage. Dans l'intervalle entre chaque tirage, les juges dont les noms n'étaient pas sortis de l'urne étaient libérés.

L'existence de sessions judiciaires au sixième siècle est attestée par Plaute (1). L'*ordo judiciorum* remonte à une époque antérieure. La loi Silia, qui est vraisemblablement du cinquième siècle, introduisit une forme de procéder qui a pour trait distinctif une sommation (*condictio*) de se rendre devant le magistrat, au bout de trente jours, pour prendre un juge (2). La loi Pinaria décida pareillement que le juge ne serait désigné qu'au bout de trente jours (3). Cette loi est-elle antérieure ou postérieure à la loi Silia ? Il est difficile de le décider, car on ignore la date de ces deux lois. D'après une conjecture assez répandue, la loi Pinaria serait de 322. Tite-Live cite en cette année un tribun militaire revêtu du pouvoir consulaire, du nom de L. Pinarius. La manière dont s'exprime Gaius au sujet de cette loi semble bien indiquer qu'elle

que la date du tirage au sort ne fût prorogée par le magistrat. Cette règle, établie pour la Sicile par la loi Rupelia (cf. VAL. MAX., VI, 9, 8; CIC., in Verr., II, 49), n'avait rien de particulier à cette province; c'était la reproduction de celle qui était observée à Rome. (SERV., in Æn., VI, 431.)

(1) *Res prolatæ, res redeuntes :* Capt., I, 1, 10, 19. Cas., V, 4. 4. (Hermes, I, 286.) Nunc ego tecum æquom arbitrum extra cons[i]dium captavero. Cf. KARLOWA. *Civ. pr.*, 254.

(2) GAIUS, IV, 18.

(3) GAIUS, IV, 15.

a introduit un intervalle de trente jours entre la comparution en justice et la *judicis datio* (1).

Le juge une fois désigné, les parties se donnent respectivement rendez-vous devant lui pour le surlendemain (2). De son côté, le magistrat donne l'ordre au juge de se rendre au forum au jour fixé (3). Ce jour-là, avant midi, a lieu l'institution du juge. Elle comprend deux actes : la prestation de serment et l'investiture. Le juge jure de se conformer aux lois (4). S'il viole son serment ou se laisse corrompre à prix d'argent, il encourt une peine capitale, probablement la même que celle du faux témoin (5). Le juge reçoit ensuite du magistrat le pouvoir de dire le droit (6). C'est alors que s'ouvre la procédure *in judicio* : elle a lieu, non plus au *comitium*, mais au *forum*, qui d'ailleurs n'en est séparé que par une rue (7).

III. *Procédure devant le juge.* — La présence des deux plaideurs est requise. Si l'un deux ne comparaît pas avant midi sans s'être excusé, on donne gain de cause à celui qui est présent (8).

Si c'est le juge qui fait défaut, il fait le procès sien, c'est-à-dire qu'il est substitué au défendeur à l'instance et supporte, s'il y a lieu, les conséquences fâcheuses du procès soumis à un nouveau juge.

Les causes d'excuses devaient être présentées au magistrat par un mandataire (9), au jour fixé pour l'investiture du juge et avant midi. Le magistrat prononçait la remise de l'affaire à une date ultérieure (10).

La procédure *in judicio* commence par un exposé sommaire de la cause (*causæ collectio*); puis les parties développent successivement les moyens invoqués à l'appui de leur prétention (*causam*

(1) Liv., IV, 25. Voigt, *J. N.*, II, 187, objecte que si l'usage de se donner rendez-vous à trente jours a été introduit par la loi Pinaria, on ne comprendrait pas comment cette *condictio* a pu caractériser la procédure organisée par la loi Silia. Mais cela tient à ce que, dans la procédure *per j. p.*, la convocation à trente jours pour recevoir un juge était un fait secondaire, tandis que, dans la procédure par *condictio*, c'était la partie essentielle de la procédure, la loi Silia ayant fait de la renonciation à l'exercice de la justice privée la condition de la sanction qu'elle accordait à des actes juridiques nouveaux.

(2) Gaius, IV, 15; Ps. Asc., in Verr., 164; P. Diac., v° *Res comperendinata*; Cic., Brut., 22; Pr. Mur., 12.

(3) Arg. l. col. Genet. Jul., c. 95 : Si eo die quo jussi erunt, non judicabunt.

(4) Cic., De inv., I, 39; De off., III, 10.

(5) Gell., XX, 1.

(6) Cic., De leg., III, 3.

(7) P. Diac., v° *Forum*.

(8) Gell., XVII, 2.

(9) Cic., ad Att., XIII, 2. Voy. *infra*, p. 438, n. 1, l'indication des causes d'excuses admises par la loi.

(10) Ps. Asc. in Hor. Sat., II, 1, 19; Ulp., 74 ad Ed., D., II, 11, 2, 3.

perorare), produisent leurs témoins (1) et font appel à la conscience du juge (2).

Après avoir écouté les parties et les témoins, le juge peut, ou bien renvoyer l'affaire à une autre session jusqu'à plus ample informé (3) lorsqu'il n'est pas suffisamment édifié sur le droit du demandeur (4), ou bien rendre une sentence contraire ou conforme à la prétention du demandeur : dans le premier cas, le défendeur est absous; dans le second, il est *judicatus*, parfois *condemnatus*.

IV. *Arbitri postulatio.* — L'action de la loi que Gaius appelle, pour abréger, *judicis postulatio* pouvait également avoir pour objet la demande d'un arbitre (5).

Les cas où il y a lieu de demander un arbitre présentent un caractère particulier (6). En général il s'agit, non plus de faire naître une obligation, mais de régler un état de fait, par exemple de mettre fin à une indivision entre cohéritiers, de déterminer les limites de deux fonds, d'empêcher le propriétaire d'un fonds supérieur de nuire à son voisin par des travaux destinés à modifier le cours des eaux pluviales (7).

Les contestations de cette espèce, qui s'élèvent entre proches ou entre voisins, portent le nom de *jurgia*. On les oppose aux *lites*, c'est-à-dire aux débats qui s'élèvent entre personnes animées de sentiments hostiles (8).

(1) Nul ne peut être contraint de prêter son témoignage en justice, à l'exception des témoins d'un acte solennel et du *libripens*. (Gell., XV, 13.) Ceux-ci, en cas de refus de déposer, sont déclarés *improbi* et *intestabiles*. La même peine frappait le parjure. Cic., De leg., II, 9, 4; Pr. Rosc., 16; Gell., VI, 18. Cf. *supra*, p. 255, n. 10.

(2) Cic., De off., III, 10.

(3) Cic., 2 in Verr., I, 9 : *Amplius!* Sen., Ep., 65.

(4) *Non liquet*, Ps. Asc., in Verr., 164. Cf. Cic., Pr. Cæc., 10.

(5) Arg. Val. Prob. : Te Prætor Iudicem Arbitrum Ve Postulo Vti Des.

(6) *Arbiter* vient de *bætere ad*, qui veut dire « aller vers ». (Bréal, *Dict. étym.*, 25.) L'arbitre est celui qu'on va trouver, à qui l'on a recours. Keller, *Procéd. civ.*, § 16, a prétendu qu'il n'y avait aucune différence essentielle entre le juge et l'arbitre. (Cf. Accarias, II, 661.) Cette opinion nous paraît difficile à soutenir en présence des textes, qui les distinguent soigneusement l'un de l'autre. Cf. Voigt, II, 601; *J. N.*, IV, 450; Hartmann, *Gerichtsverf.*, 264; Puntschart, op. cit., 273.

(7) Voy. *supra*, p. 289, 352, 357.

(8) Nonius : *Jurgium* et *lis* habent distantiam. Jurgium levior res est : siquidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur; inter inimicos dissensio lis appellatur. Cic., De Rep., IV, 8 : *Jurgare* igitur lex (XII Tab.) putat vicinos, non *litigare*. On n'est pas d'accord sur la portée qu'il faut attribuer aux *jurgia*. Voigt, I, 582; *J. N.*, IV, 449, considère comme tels tous les cas donnant lieu à la *judicis arbitrive postulatio*. Karlowa, *Civ. pr.*, 2, va plus loin encore : les *jurgia* comprendraient tous les cas où le magistrat nomme un juge ou un arbitre en vertu de sa juridiction, et non d'après la loi. On pouvait à cette époque agir en justice autrement que par une action de la loi! Cette opinion a été réfutée par Baron, *Zur* legis actio per judicis arbitrive postulationem *und* per condictionem, 1877, p. 36.

Parfois, cependant, il est permis de demander un arbitre à la suite d'un procès rentrant dans la classe des *lites :* c'est lorsqu'il s'agit de fournir au défendeur à une action en revendication dont le serment a été déclaré injuste, et à ses garants, le moyen d'échapper à la *manus injectio,* quand la chose a péri ou a été détériorée durant l'instance.

Les *jurgia,* de même que les *lites,* étaient suspendus les jours de fête (1).

§ 3. — *Manus injectio.*

La *manus injectio* est un acte solennel de justice privée qui, selon toute vraisemblance, a précédé historiquement le *sacramentum* (2), et qui peut être exercé dans les cas déterminés par la loi ou par la coutume. Le créancier fait connaître à haute voix la cause pour laquelle il procède à la *m. i.*, et met la main sur son débiteur (3). Par elle-même la *m. i.* ne constitue pas une procédure spéciale, mais elle peut conduire à un procès, à une action de la loi qualifiée *per manus injectionem.* Nous l'étudierons à ces deux points de vue.

I. — Dans quels cas peut-on recourir à la *m. i.?* Est-ce un mode d'exécution forcée des jugements? ou bien peut-elle avoir lieu sans jugement préalable ?

En droit moderne, la réponse ne serait pas douteuse : la décision d'un tribunal est la condition de toute exécution forcée. Permettre au premier venu d'appréhender au corps une personne sous le prétexte qu'elle lui doit quelque chose, nous paraîtrait tout au moins excessif. Que ne dirait-on pas si cette mainmise avait pour résultat d'autoriser le créancier à traiter son débiteur comme un esclave ! Pourtant, il en était ainsi, croyons-nous, dans la Rome antique, bien que ce point ait été contesté (4). L'intervention du magistrat dans les affaires privées était moins fréquente qu'aujourd'hui ; elle était réduite au strict nécessaire. Lorsqu'il n'y avait contestation ni sur l'existence ni sur le chiffre de la dette, on n'avait pas jugé utile d'entraver par les lenteurs de la procédure l'exercice du droit du créancier (5). Gaius met sur la même ligne, au point de vue de la *m. i.*, le *damnatus* et le *judicatus* (6).

(1) Cic., De leg., II, 12; Liv., V, 13; XXXVIII, 51.
(2) Bekker, I, 19; Hugo Krueger, op. cit., I, 192.
(3) Gaius, IV, 21. Voy. la reproduction de cette scène sur un sarcophage étrusque de Corneto. *Bull. del Inst. di Corrisp. archeol. di Roma*, 1866, p. 90.
(4) Cf. Muirhead, 264; Carle, *Le origini*, 206. *Contra*, Cogliolo, *Storia*, I, 246.
(5) Serv., Æn. : X, 419 : Manus injectio dicitur quotiens nulla judicis auctoritate exspectata, rem nobis debitam vindicamus. Cf. Denys, VI, 24; *sup.*, p. 189, n. 1.
(6) Gaius, IV, 21.

La *manus injectio* pouvait, à notre avis, s'exercer sur une personne ou sur une chose : sur une personne, en vertu d'un acte contenant une *damnatio;* sur une chose, en vertu d'une *judicatio*, à moins que l'appréhension de la chose ne fût une conséquence de la *manus injectio* sur la personne.

1° La situation des personnes sur lesquelles on peut exercer la *m. i.* est caractérisée par le mot *damnas. Damnas esse,* ce n'est pas seulement être débiteur : c'est être soumis au pouvoir d'autrui. Cette signification ressort de l'antithèse établie entre *voti reus* et *voti damnatus :* le *voti reus* est celui qui a fait un vœu et, par suite, contracté un engagement. Cet engagement doit être exécuté sans délai, dès que les dieux ont exaucé la demande ; sinon, le débiteur est à la discrétion de la divinité (*voti damnatus*) (1). Pour sortir de cette situation, il ne suffirait pas d'acquitter ultérieurement sa promesse ; il faut se libérer (2).

Le mot *damnare* exprime dès lors l'idée d'un pouvoir sur la personne analogue à celui d'un maître (3). Ce pouvoir ne résulte pas seulement d'une déclaration des pontifes en cas d'inaccomplissement d'un vœu : il peut aussi être la conséquence d'un vote du peuple en matière criminelle, ou d'une loi générale, comme la loi Aquilia.

En matière civile, il y a une forme de legs qui tire son nom de la *damnatio* inscrite dans le testament. Cette *damnatio* confère au légataire un droit de créance contre l'héritier (4). Il en est de même de la *damnatio* contenue dans le *nexum* (5).

Dans ces divers cas, la *damnatio* n'autorise la *m. i.* que si elle a pour objet une somme d'argent déterminée : sinon, l'acte reste inefficace, sauf en matière criminelle.

Pour devenir exécutoire, la *damnatio* par laquelle le peuple déclarait une personne responsable d'un crime, devait être offi-

(1) Æn., IV, 699 :

> Nondum illi flavum Proserpina vertice crinem
> Abstulerat, Stygioque caput damnaverat Orco.

Serv., ad h. l. : « Cum vota suscipimus, voti rei dicimur, donec consequamur beneficium, et donec condemnemar, id est promissa solvamus. » Macr., Sat., III, 3 : « Voti reus... vocatur, qui suscepto voto se obligat, damnatus autem qui promissa non solvit. »

(2) Liv., V, 25 : Religione se exsolvere.

(3) Les philologues ne sont pas d'accord sur l'étymologie de ce mot. Les uns le font venir de δαπάνη, dépense; les autres, du sanscrit *dâ*, lier; d'autres, de *dare*, donner; d'autres enfin, de la racine *dâm* comme *domare*. A l'appui de cette dernière étymologie, on doit remarquer que Plaut., Trin., IV, 1, 10, rapproche *damnare* et *domare*, qu'il prend pour synonymes. Cf. Voigt, *Bedeutungswechsel*, 142 ; Puntschart, *Civilrecht*, 424.

(4) Gaius, II, 201, 204; III, 175.

(5) Huschke, *Studien des röm. R.*, 1830, p. 295; Karlowa, *Civilpr.*, 60. Voy. *supra*, p. 377.

ciellement promulguée, comme nous dirions aujourd'hui. C'était l'objet de la *judicatio* qui incombait au magistrat compétent (1). Avant les Douze Tables, le magistrat chargé de *judicare* se dispensait le plus souvent d'indiquer la peine encourue. Mais lorsqu'il jugeait à propos de substituer à la peine légale une simple amende, il devait déclarer solennellement l'obligation mise à la charge de l'accusé : c'était une nouvelle *damnatio* qui s'ajoutait à celle qui émanait du peuple et qui s'en distinguait par une qualification spéciale. La *judicatio,* au lieu d'être la proclamation du verdict rendu par le peuple, se transformait en une *condemnatio*. Ce qui d'abord n'était qu'une exception devint bientôt la règle générale, du moins pour les crimes soumis aux comices par tribus et qui ne donnaient lieu qu'à des peines pécuniaires (2). Dans les cas de ce genre, la *damnatio* votée par le peuple donne naissance à une obligation dont le quantum est déterminé par la *condemnatio* prononcée par le magistrat (3).

Si la *damnatio* qui accompagne le *nexum* donnait lieu à la contrainte privée sans *judicatio* ni *condemnatio* subséquente, c'est que, le chiffre de la dette étant fixé dans la *damnatio,* on n'avait aucune évaluation à demander au magistrat (4). C'est pour la même raison que l'aveu judiciaire donnait lieu à la contrainte privée lorsqu'il portait sur une somme d'argent (5). Dans tout autre cas, l'aveu ne rendait pas inutile la *judicatio :* il avait seulement pour effet de dispenser le demandeur de prouver son droit; et quant au défendeur, il l'exonérait de la peine du double dans les procès où la condamnation est portée au double contre celui qui nie l'existence de la dette (6).

La *damnatio* peut enfin résulter d'une condamnation prononcée

(1) La *judicatio* pouvait atténuer les conséquences légales de la *damnatio.* En 278, le consul Menenius fut accusé par les tribuns Considius et Genucius d'avoir contribué au désastre des Fabii à Crémère en négligeant de leur porter secours. La *damnatio* votée par le peuple aurait dû entraîner une peine capitale pour haute trahison; les tribuns prononcèrent une simple amende de deux mille as. (Liv., II, 52.) Il en fut de même en 300 pour Romilius et pour Veturius. (Liv., III, 31.)

(2) Liv., XXVI, 3 : Pecuniæ judicare.

(3) Cf. Voigt, I, 651.

(4) La *m. i.* donnée contre le *damnatus* est, il est vrai, qualifiée par Gaius, IV, 21, *m. i. judicati :* cela ne prouve pas qu'il y ait *judicatio.* L'aveu d'une dette pécuniaire donnait lieu également à la *m. i.;* cependant on ne dit pas qu'on ait distingué par une dénomination particulière cette *m. i.;* c'était aussi une *m. i. judicati.*

(5) Gell., XV, 13; Voigt, II, 654. Ihering, I, 157, n. 92, semble disposé à croire que cette décision des Douze Tables se réfère au *nexum.*

(6) Il y a une distinction analogue entre l'aveu d'une dette d'argent et de toute autre dette dans la loi Rubria, c. 21, 22. (Bruns, 98; Girard, 67.) Certains auteurs pensent que la contrainte privée était admise en cas de vol manifeste, mais il n'y en a pas de preuve directe. (Bekker, *die Aktionen des röm. Privatrechts,* I, 37.) La principale raison qu'on en donne, c'est qu'il n'est guère croyable que le voleur mani-

par le juge dans l'action de la loi *per judicis postulationem*. Les Douze Tables autorisaient la *m. i.* comme mode d'exécution forcée d'un jugement (1) ; mais dans ce cas, de même que dans le précédent, on accordait un sursis au débiteur : la *m. i.* n'était permise qu'au bout de trente jours.

En cas de pluralité de créanciers, les Douze Tables contenaient une disposition ainsi conçue, d'après Aulu-Gelle : « *Tertiis nundinis partes secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto.* » Les écrivains de l'époque impériale pensent qu'elle conférait aux créanciers le droit de couper en morceaux le corps du débiteur et de se le partager, mais ils avouent que cette disposition n'a jamais été appliquée, du moins à leur connaissance (2).

2° La *manus injectio* peut être exercée sur une chose en vertu

feste ait été mieux traité que l'emprunteur. On invoque également une disposition des Douze Tables d'après laquelle le voleur manifeste était battu de verges et attribué (*addictus*) à la victime du vol (*supra*, p. 342), et pouvait même être tué impunément si le vol avait été commis de nuit ou de jour à main armée. Mais l'*addictio* indique l'intervention du magistrat. Le voleur, pris sur le fait, devait être conduit au magistrat, qui le faisait battre de verges et l'attribuait au volé ; on ne pouvait donc se faire justice soi-même. Le magistrat statuait sans doute *extra ordinem*. Gell., XI, 18, dit que, de son temps, on procédait *jure* et *ordine* par une action au quadruple.

(1) Gell., XX, 1 : « Æris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. » Les Douze Tables permettent au demandeur qui a obtenu gain de cause d'emmener chez lui le défendeur dans deux cas : 1° s'il ne se conforme pas à la sentence du juge dans les trente jours ; 2° si, le défendeur s'étant fait conduire devant le magistrat, nul ne s'est porté son *vindex*. La *m. i.* est accordée de plein droit et ne paraît pas subordonnée à l'exercice d'une action spéciale *judicati*, comme le dit Voigt, I, 618, II, 655. Sans doute Gaius, IV, 21, prouve qu'il y avait des paroles à prononcer, mais non qu'il y eût ici un nouveau procès.

(2) La question de savoir quelle était la portée de cette disposition est toujours ouverte. Il est certain que, chez divers peuples encore barbares, le créancier a eu le droit de tuer le débiteur qui ne payait pas sa dette. En fut-il de même aux premiers siècles de Rome? Il est difficile de se prononcer. D'une part, on doit reconnaître que les décemvirs n'auraient pu insérer dans les Douze Tables une pareille règle, si elle n'avait été consacrée par la coutume et acceptée par l'opinion publique. Mais comment n'aurait-elle pas reçu d'application? Comment n'y aurait-il pas trace des circonstances qui en amenèrent l'abandon? Aulu-Gelle, ou plutôt le jurisconsulte Sextus Cæcilius, dont il rapporte les paroles, est forcé d'avouer que cette règle n'a pu avoir qu'un caractère comminatoire. Tout cela est bien invraisemblable et nous rend sceptique à l'égard de l'explication proposée. D'autre part, on rencontre parfois, chez des peuples qui ont atteint un certain degré de civilisation, des institutions qui se rapportent à une période antérieure et qui jurent en quelque sorte à côté des autres : telle est la peine du talion, qui a été consacrée par les décemvirs et qui sans doute n'a guère reçu d'application. Savigny, *Vermischte Schriften*, II, 420 ; Mommsen, *Röm. Geschichte*, I, 161 ; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, I, 200 ; Ihering, II, 147, admettent le droit des créanciers dans toute sa rigueur. Cf. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1883, p. 7 ; *Das Recht als Culturerscheinung*, 1885, p. 17 ; Dareste, *Études*, 334. Schwegler, III, 39 ; Karlowa, *Civilpr.*, 104 ; Kuntze, II, 140 ; Voigt, *Geschichte des röm. Exekutionsverfahrens*, pensent qu'il s'agit d'un partage des biens entre les créanciers. Schulin, *Lehrbuch*, 535, vient de proposer une solution ingénieuse que nous croyons devoir rapporter : Aulu-Gelle n'a pas compris le mot *secuerunt* écrit dans les Douze Tables. Les auteurs du premier siècle ne

d'une *judicatio* prononcée à la suite d'une action réelle *per sacramentum*. Le texte rapporté par Aulu-Gelle est tout à fait général. Cependant quelques auteurs pensent qu'on ne pouvait user de la contrainte privée que si le jugement avait pour objet une somme d'argent; dans le cas contraire, il ne se prêterait à la *m. i.* qu'après avoir été transformé par le juge en un droit à une somme d'argent (1). Il ne nous paraît pas démontré que l'exécution directe n'ait pas été admise. L'expression *m. i. judicati* prouve que la *judicatio* suffisait pour motiver la *m. i.*, et le texte des Douze Tables ne comporte pas la distinction proposée (2).

L'exécution directe sur la chose est conforme à l'esprit du temps. Une fois que le demandeur a fait reconnaître la justesse de son affirmation, rien ne s'oppose à ce qu'il se fasse justice. L'intervention de l'État se borne à obliger le demandeur à faire constater par le magistrat l'exactitude de sa prétention, sinon à lui faire courir le risque de perdre une valeur assez importante.

Si les exemples cités par Gaius supposent tous que la *m. i.* sert à l'exécution de créances pécuniaires, on aurait tort d'en

paraissent pas s'être rendu compte de la double signification de ce mot. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire un autre passage d'Aulu-Gelle (XVIII, 9), où il cherche le sens du mot *insecere* qu'on lit dans Caton, Ennius et Livius Andronicus. Il le fait dériver de *sequi*, ainsi que le mot *sectio*, qu'on rencontre fréquemment, par exemple dans la locution *bonorum sectio*. Festus (v° *Sectio persecutio juris*) rapporte la même étymologie, mais au mot *sectores* il en indique une autre : il fait venir *sector* de *secare*. Ces divergences prouvent qu'ils avaient eux-mêmes des doutes sur l'exactitude de leur opinion. Les mots *insecere*, *secere* n'étant plus usités sous l'empire, on essayait de rattacher leurs dérivés à *secare* ou à *sequi*, et l'on expliquait par l'un ou l'autre de ces mots les textes anciens où ils se trouvaient rapportés. Mais *secere* avait un sens tout différent qui ressort clairement des fragments d'auteurs du sixième siècle, cités par Aulu-Gelle : il signifie « dire ». Le *bonorum sector* est celui qui, dans une vente aux enchères, fait connaître par une déclaration verbale le prix qu'il offre des biens mis en vente. De même, d'après les Douze Tables, les créanciers devaient, en conduisant le débiteur devant le préteur, le jour du marché, déclarer chacun à leur tour la part qu'ils réclamaient sur les biens du débiteur commun. Si l'un d'eux commettait une erreur en plus ou en moins, les décemvirs décident qu'on ne pourra s'en prévaloir à son préjudice lors du partage définitif. Le texte des Douze Tables doit se lire : « Tertiis nundinis partis *secunto* (et non *secanto*). »

(1) Karlowa, *Civilprozess*, 154; Brini, Archiv. giur., XXI, 253.

(2) On a prétendu que le texte est altéré et qu'on doit lire *reis* au lieu de *rebus*. (Karlowa, *Civilprozess*, 155.) On a fait remarquer que *confessi* est au génitif, *rebus* à l'ablatif, ce qui donnerait à la phrase une tournure singulière, puisque Aulu-Gelle, quelques lignes plus bas, paraphrase *rebus judicatis* par *debiti judicatis*. La nécessité d'une correction ne paraît pas établie : il s'agit toujours d'une *judicatio*, et non d'une *condemnatio*, et ce qui prouve que cette *judicatio*, à la différence de la *confessio*, s'applique à autre chose qu'à de l'argent, c'est qu'Aulu-Gelle joint au mot *judicatis* tantôt *rebus*, tantôt *debiti*, pour les opposer à *æris confessi*. Cf. la paraphrase de ce texte dans un rescrit d'Antonin le Pieux cité par Callistr., 2 Cognit., D., XLII, 1, 31. On remarquera au surplus que *rebus* n'est pas un ablatif absolu, mais un datif; l'emploi simultané du génitif et du datif n'est pas sans exemple. Voy. lex Thoria agr. de 643 : *C. I. L.*, I, 200, l. 85; Sic. Flac., De cond. agr., 157, 13. Voigt, II, 653; *J. N.*, III, 709.

conclure que la *m. i.* n'a pas reçu une application plus large. La *m. i.* sert aussi à faire valoir les droits de puissance paternelle ou dominicale (1), ou une clause d'un contrat (2).

II. — L'exercice de la *manus injectio,* dans les cas que nous venons de déterminer, peut donner lieu à un débat. Celui qui a été appréhendé au corps peut contester la légitimité de la *m. i.*, par exemple, nier l'existence du prêt dont on se prévaut contre lui, ou bien affirmer qu'il s'est libéré de sa dette, ou qu'il y a eu transaction. Dans tous les cas où il conteste la demande, il y a *infitiatio.*

Toute contestation soulevée par le saisi donne lieu à une procédure spéciale, à une action de la loi qui, en raison du fait qui la motive, a reçu le nom de *per manus injectionem.* Si Gaius ne parle de la *m. i.* que comme action de la loi, c'est sans doute que, dans la pratique, elle se présentait le plus souvent sous cette forme (3). Mais pour que l'action de la loi fût possible, il fallait que quelqu'un se chargeât de prendre fait et cause pour le saisi (*manum depellere*), car la *manus injectio* enlevait le droit d'ester en justice.

Cette condition a paru exorbitante à certains auteurs, qui ont proposé de la restreindre au cas où le saisi contestait la validité du jugement. Il leur semble inadmissible que, faute de trouver un *vindex,* un citoyen ait été à la merci de quiconque se disait son créancier (4). Pourtant les textes ne font aucune distinction, et cette exigence de la législation décemvirale paraît moins surprenante si l'on tient compte de l'organisation de la société romaine. Il ne devait pas être difficile à un citoyen honorable de trouver un *vindex :* les membres de chaque *gens* se devaient réciproquement secours et assistance ; et pour les plébéiens qui ne faisaient partie d'aucune *gens,* il y avait des associations de tribus (5).

Le *vindex,* comme son nom l'indique, est celui qui se déclare prêt à faire acte de force dans l'intérêt de l'*abductus* (6), à le soustraire

(1) Quintil., Inst., VII, 7 ; Liv., III, 44.
(2) Vat., Fr., 6. Cf. Rudorff, *Röm. R. G.*, II, 86 ; Ihering, I, 157.
(3) Ihering, I, 156. Cf. Declareuil, Nouv. Rev. hist., 1889, p. 388.
(4) Voigt, I, 620.
(5) Voy. Gauckler, Nouv. Rev. histor., 1889, p. 608.
(6) Le *vindex* est celui qui *vim dicit in aliquo.* Dans la loi de la colonie de Genetiva Julia, c. 61, on lit : *Si quis in eo vim faciet,* ce qui ne permet pas d'admettre l'étymologie proposée par Bréal et Bailly, *Dict. etym.*, 439. D'après ces auteurs, *vindex* viendrait de *venum dicere* et désignerait celui qui déclare consigner le prix d'une chose ou d'une personne. Tel n'était pas le rôle du *vindex*, qui consistait à faire acte de force dans l'intérêt d'autrui, soit en agissant en justice pour obtenir sa libération, soit extrajudiciairement, mais à la condition de désintéresser le créancier,

à la prise de corps dont il a été l'objet, soit en payant sa dette, soit en soutenant le procès en son nom.

Les Douze Tables avaient déterminé qui pouvait être admis comme *vindex*. Si le saisi était un *adsiduus,* le *vindex* devait l'être également ; si c'était un prolétaire, tout citoyen pouvait se porter *vindex* (1). Pourquoi exigeait-on, dans le premier cas, que le *vindex* fût *adsiduus?* Est-ce qu'en prenant le fait et cause de l'*abductus,* il encourait quelque responsabilité ? Aucun texte ne le dit, mais la qualité requise par les Douze Tables rend probable cette conjecture. Il fallait assurer au saisissant, au cas où il obtiendrait gain de cause, un recours aussi efficace contre le *vindex* que celui qu'il aurait eu contre le saisi. La peine encourue par le plaideur téméraire était probablement la peine du double, qui s'est conservée à l'époque classique soit pour la *revocatio,* soit pour l'*infitiatio* de l'action *judicati* (2).

Pour fournir à l'*abductus* le moyen de trouver un *vindex,* les Douze Tables prescrivent au saisissant de conduire son débiteur devant le magistrat à trois jours de marché consécutifs, et de déclarer publiquement (3) le montant de la dette. Les amis du prisonnier étaient ainsi mis au courant de sa situation et invités à prendre sa défense. Si personne ne se présente, le magistrat l'attribue au créancier (*addictio*) soixante jours au plus tôt après la *manus injectio* (4).

Le défendeur condamné pouvait-il prendre l'offensive et attaquer le jugement avant que le demandeur exerçât contre lui la *m. i.* (5)? Nous ne croyons pas qu'il existe dans l'ancien droit

Liv., VI, 14 : Centurionem... judicatum pecuniæ cum duci vidisset... manum injecit. Inde rem creditori palam populo solvit libraque et ære emittit. Boèce, in Top., p. 291, éd. Orelli : Vindex est qui alterius causam suscipit vindicandam, veluti quos nunc procuratores vocamus.

(1) Le choix du *vindex* se détermine non pas d'après la valeur du litige, mais d'après la situation que le *domum ductus* occupe au point de vue du cens. Cela prouve que le droit du créancier porte sur la personne du débiteur, et non pas seulement sur ses biens. On présume que, s'il ne paye pas, c'est que ses biens sont insuffisants pour désintéresser le créancier. Il ne faut pas qu'en substituant une personne à une autre on diminue les garanties.

(2) Accarias, II, 683; Gauckler, loc. cit., 615. Ihering, I, 155, pense que le *vindex* était défendeur au procès. Voigt, I, 578, croit au contraire qu'il était demandeur, et il tire argument de ce qui avait lieu dans la *vindicatio in libertatem.*

(3) *Proquiritare.* — Sid. Apoll., Ep., VIII, 6.

(4) Voy. sur la situation de l'*addictus,* Gell., XX, 1; Liv., VI, 14; et *supra,* p. 189 et 190. Si l'*addictus* n'est pas tué par le créancier, il doit être vendu à l'étranger. Le droit grec contenait une disposition analogue. Cf. une inscription d'Halicarnasse du cinquième siècle avant notre ère : « Si toute sa fortune ne vaut pas dix statères, il sera vendu à charge d'exportation et ne pourra jamais rentrer dans Halicarnasse. » (*Recueil des Inscriptions juridiques grecques,* par Dareste, Haussoullier et Th. Reinach, 1891, p. 5.)

(5) Voigt, II, 568, a prétendu qu'il existait à cet effet une action révocatoire. Il

de voie de recours contre les jugements. L'appel, qui suppose l'existence de plusieurs degrés de juridiction, était encore inconnu.

§ 4. — *Pignoris capio.*

I. — La *pignoris capio,* comme la *manus injectio,* est un moyen de se faire justice, mais elle a un caractère tout différent : c'est une mainmise sur les biens et non sur la personne du débiteur. Tandis que la *m. i.* est un acte d'exécution personnelle, la *p. c.* est un acte d'exécution réelle. Bien que très ancienne et antérieure aux Douze Tables, la *p. c.* semble appartenir à une phase de développement du droit plus récente que la *m. i.* L'idée de saisir une chose lorsqu'on en veut à quelqu'un, au lieu de s'en prendre à sa personne, suppose qu'on a conscience d'un rapport juridique existant entre l'homme et la chose (1).

La *pignoris capio* diffère à un autre point de vue de la *manus injectio :* elle a toujours lieu sans jugement préalable et devait rarement provoquer un procès, car certains jurisconsultes ne la comprenaient pas parmi les actions de la loi. Le seul trait qui lui fût commun avec les actions de la loi, c'est qu'elle exigeait la prononciation de paroles solennelles (2). A tous autres égards, elle s'en distinguait : elle avait lieu hors de la présence du magistrat, souvent en l'absence du saisi, et même un jour néfaste.

Tandis que pour la *m. i.* Gaius met uniquement en relief le côté par lequel elle se rattache aux actions de la loi, pour la *pignoris capio* il procède à l'inverse et fait plutôt ressortir son caractère extrajudiciaire. Cela prouve qu'aux yeux des Romains un mode d'exécution privée et extrajudiciaire n'avait rien d'étrange. C'est à tort, croyons-nous, qu'on l'a contesté pour la *m. i.* Les mêmes arguments qu'on a invoqués pour soutenir qu'il n'y a pas eu de *m. i.* extrajudiciaire serviraient également, si l'on n'avait le texte

a invoqué à l'appui un passage de Cicéron, Pr. Flac., 21, qui parle de *judicatum negare* et de *in duplum ire.* Ce serait cette voie de recours, qu'on a plus tard appelée *revocatio in duplum* (Paul, V, 5 a, 8), l'origine lointaine de la requête civile du droit français. Mais le texte de Cicéron est relatif à la procédure formulaire : il n'y a rien à en conclure pour le temps des actions de la loi. On peut d'autant moins accueillir cette interprétation qu'elle conduirait à admettre également au profit du demandeur le droit de faire tomber le jugement. Mais alors de deux choses l'une : ou le demandeur pourrait, après avoir fait annuler le jugement, renouveler son action, ce qui serait contraire à la règle générale, ou bien le juge de l'action révocatoire serait chargé de statuer sur le fond, ce qui serait contraire au principe de l'unité de question posée au juge. Cf. Eisele, *Abhandlungen*, 142.

(1) Bekker, *Aktionen*, I, 42. Cf. Ihering, I, 152, 160; Padeletti, *Storia*, 342; Buonamici, *La Storia della procedura civile romana,* 1886, p. 68. S. Maine, *Et. sur l'hist. des Inst. primitives*, 319.

(2) Gaius, IV, 25.

de Gaius, pour nier le caractère extrajudiciaire de la *p. c.* Dans un cas comme dans l'autre, si le débiteur conteste la validité de la saisie, on devra aller devant le magistrat (1). Bien que les textes anciens ne fassent pas allusion à cette éventualité, il est difficile de croire qu'il en ait été autrement. Il devait y avoir une procédure organisée en faveur de celui qui contestait la légitimité de la saisie du gage, et c'est pour cela qu'on range la *p. c.* parmi les actions de loi (2). Du silence des textes on doit simplement conclure que, dans la pratique, il était rare qu'on procédât sans droit à la *p. c.* Il y a cependant un cas, celui qui conserva le plus longtemps son application, où l'existence d'une procédure à la suite d'une *p. c.* est attestée par Cicéron (3). Les publicains, qui prenaient à ferme le recouvrement des impôts, jouissaient de la *p. c.* à l'égard des contribuables (4) ; le cahier des charges rédigé par les censeurs et contenant les clauses de l'adjudication leur garantissait ce privilège.

II. — La *p. c.* est accordée par la coutume ou par la loi (5) : par la coutume, pour garantir certains droits accordés par l'État à des citoyens en raison du service militaire ; par la loi, pour garantir l'accomplissement de certains devoirs de conscience dépourvus de tout caractère juridique et que la loi néanmoins sanctionne, parce que les dieux sont intéressés à leur exécution.

Le *tribunus ærarius* était chargé de payer aux soldats le montant de leur solde : s'il négligeait de le faire, tout soldat non payé était autorisé à *pignus capere* (6).

La *p. c.* était également autorisée pour garantir le recouvrement de l'*æs equestre*, c'est-à-dire de la somme allouée par l'État aux chevaliers *equo publico* pour acheter les chevaux de service (7). L'*æs equestre* disparut sans doute lorsque les chevaliers *equo publico* furent dispensés du service militaire, c'est-à-dire depuis la deuxième guerre punique. La *p. c.* s'exerçait ici, selon toute vraisemblance, contre le *tribunus ærarius*.

(1) Cela n'a rien de contraire à l'affirmation de Gaius : c'est l'appréhension du gage qui a lieu extrajudiciairement. Cf. Ihering, I, 161 ; Karlowa, *Civilprozess,* 201.

(2) Gaius, IV, 12.

(3) Cic., 2ª in Verr., III, 11.

(4) Gaius, IV, 28.

(5) Gaius, IV, 26.

(6) Gell., VI, 10. On a peu de renseignements sur ces *tribuni ærarii.* Parmi les hypothèses qui ont été produites pour expliquer la nature de leurs fonctions, nous citerons celle de Madvig : il considère ces tribuns comme des particuliers choisis en raison de leur fortune et qui étaient chargés de percevoir dans chaque tribu les redevances destinées au payement de la solde. Lorsqu'en 348 les questeurs furent chargés du payement de la solde concurremment avec les tribuns, on ne permit pas de *pignus capere* contre eux. Cf. Voigt, I, 504 ; Mommsen, III, 189 (212).

(7) Dix mille as. Liv., I, 43.

Les chevaliers *equo publico* avaient encore la *p. c.* pour garantir le payement de la somme qui leur était allouée pour se procurer l'orge nécessaire à la nourriture de leurs chevaux (1) (*æs hordearium*). Étaient tenues de cet impôt les personnes exemptées du tribut, c'est-à-dire les orphelins et les veuves (2). Comme l'*æs equestre*, l'*æs hordearium* cessa d'être perçu à dater du milieu du sixième siècle.

Les Douze Tables permettaient la *p. c.* contre celui qui, voulant offrir un sacrifice, refusait de payer la victime qu'il avait achetée à crédit. La vente à crédit, peu usitée d'ailleurs dans la Rome antique, avait ici sa raison d'être : celui qui achetait un animal pour l'offrir aux dieux ne pouvait savoir d'avance s'il serait agréé par les pontifes ; la vente était, par la force des choses, subordonnée à une condition résolutoire, et par suite ne pouvait être exécutée par voie de mancipation. Le vendeur n'aurait eu aucun recours contre l'acheteur, si les décemvirs n'avaient comblé cette lacune en lui donnant la *p. c.* (3).

Ils accordèrent également la *p. c.* à celui qui louait une bête de somme dans le but de se procurer, avec le prix de la location, ce qui lui était nécessaire pour offrir un sacrifice à Jupiter Dapalis (4) : il pouvait *pignus capere,* si le locataire refusait de payer la *merces* (5). Dans ces deux cas, la *p. c.* était autorisée au profit de personnes dont le droit n'était pas sanctionné par la loi. La *p. c.* leur procurait une créance qui avait pour objet la somme que le propriétaire du gage devait payer pour recouvrer sa chose (*luere*).

Grâce à la *p. c.,* on sanctionnait indirectement, dans quelques cas favorables, des créances qui, lors de leur formation, n'avaient pas été placées sous la garantie de l'État (6).

III. — La *p. c.* conférait-elle au saisissant la propriété de la chose? Le mot *capio* ne suffit pas pour le prouver, bien qu'il désigne souvent l'acquisition de la propriété. *Pignus capere* n'exprime pas plus l'acquisition de la propriété du gage que *virginem vestalem capere* ne désigne l'acquisition de la propriété d'une vestale. La portée de l'acquisition est déterminée par le mot *pignus :* c'est une acqui-

(1) Deux mille as. Liv., I, 43.
(2) Cic., De Rep., II, 20; Liv., I, 43.
(3) Voy. *supra,* p. 270, n. 1.
(4) Cat., R. r., 50, 131, 132.
(5) L'affectation devait vraisemblablement résulter d'un vœu, et non d'une simple promesse. Cf. Cat., R. r., 83. Voigt, I, 503, pense que *jumentum* désigne ici un chariot, et non une bête de somme : il était plus facile aux cultivateurs de se passer temporairement de l'un que de l'autre.
(6) La *petitio* reconnue aux publicains devait avoir une application restreinte, et dans les cas où n'avait pas lieu la *p. c.,* on ignore comment le saisissant faisait valoir sa créance.

sition à titre de gage (1). Le saisissant acquiert vraisemblablement la possession du gage et un droit de rétention, comme cela eut lieu plus tard dans le contrat de gage.

Si, dans un certain délai (2), le débiteur ne s'était pas libéré (*reluitio pignoris*), le saisissant était-il autorisé à vendre le gage? Les textes relatifs à la vente du gage sont d'une date relativement récente : on ne peut pas affirmer que la vente ait été permise dans l'ancien droit. Cela est d'autant plus douteux que, dans le contrat de gage, la faculté de vendre a été difficilement accordée au créancier gagiste. Le gage saisi était ordinairement détruit (3). La *p. c.* était toujours accompagnée d'une amende infligée au contrevenant (4).

§ 5. — *De la* litis contestatio *et de la défense d'accomplir deux fois pour une même affaire les solennités d'une action de la loi.*

I. — Le trait distinctif de la procédure *per judicis postulationem*, c'est d'amener le défendeur à soumettre la question litigieuse à l'appréciation d'un tiers, juge ou arbitre. Le consentement du défendeur était indispensable. L'accord de volontés des parties donnait naissance à un contrat qui formait désormais la base unique de leurs rapports entre elles : il y avait une sorte de novation.

On a dit que la pensée d'attribuer à la *litis contestatio* un effet extinctif, de la comparer à la stipulation novatoire, supposait un esprit bien maître de ces matières, une puissance d'abstraction qui n'était guère compatible avec l'étroitesse d'esprit des juristes pontificaux. La remarque est juste ; la comparaison de la *litis contestatio* à la novation est l'œuvre des jurisconsultes postérieurs. Mais ils n'ont fait que donner la formule scientifique d'une conception qui avait dû se développer aisément dans l'esprit du peuple (5). Proposer de prendre un juge, c'était pour le demandeur renoncer implicitement à se prévaloir de son droit anté-

(1) Karlowa, *Civilprozess*, 206.

(2) Peut-être celui de deux mois, qui s'est conservé dans le *pignus ex causa judicati captum*. Callistr., 2 cogn., D., XLII, 1, 31.

(3) *Pignus cædere*, Cic., De or., III, 1. Cf. Mommsen, I, 152, 167. Voigt, I, 506, croit cependant que le saisissant pouvait transférer la possession (*usus*) à l'acheteur, et qu'il devait restituer au débiteur l'excédant du prix sur le montant de sa créance. En sens contraire, Karlowa, *Civ. pr.*, 206.

(4) Frontin, De aq., 129; Gell., XIV, 7; Liv., XXXVII, 51; XLIII, 16; Tac., Ann., XIII, 28. La *provocatio* n'était pas possible contre la *p. c.* Sous l'Empire, la faculté de détruire le gage fut atténuée.

(5) Cf. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess,* 1889, p. 56.

rieur; pour le défendeur, c'était accepter la décision à intervenir comme base de ses rapports futurs avec le demandeur. La formation de ce contrat judiciaire était le but principal de la procédure *in jure*. Il avait une importance telle que les parties avaient soin, chacune de son côté, d'en fixer le souvenir en prenant des témoins : c'était la *litis contestatio* (1).

Dans la procédure par serment, la *l. c.* avait un but tout différent, du moins dans les actions réelles, les seules sur lesquelles nous ayons quelques renseignements. Il ne s'agissait plus de se procurer les moyens de prouver que le défendeur avait consenti à se soumettre à la décision d'un juge : la *l. c.* était l'acte par lequel chacun des plaideurs requérait le concours de témoins pour lui prêter aide et assistance dans le combat qui allait s'engager devant le magistrat. Le témoin (*superstes*) garantit, même par la force, l'exactitude de ce qu'il affirme (2). *Superstes* vient de *stare* et désigne celui qui se tient debout pour soutenir ce qu'il avance : c'est un assistant (3). Il n'y a ici ni contrat judiciaire, ni novation.

Cette différence dans le but de la *litis contestatio*, suivant qu'il s'agit d'une action personnelle ou d'une action réelle (4), a laissé une trace dans le droit classique. Gaius dit que la *litis contestatio* n'éteint le droit antérieur *ipso jure* que si l'action est personnelle : c'est bien la preuve que, dans les actions réelles, la *litis contestatio* ne sert pas à constater l'existence d'un rapport contractuel de nature novatoire. Il en fut autrement sans doute lorsque la formule pétitoire fut admise ; la règle antique fut cependant maintenue : le préteur se borna à donner effet à la *l. c.* à l'aide d'une exception (5).

II. — Cette conclusion semble démentie par une règle qui, d'après Gaius, s'appliquait d'une manière générale aux actions de la loi : il était défendu de recommencer pour une même affaire les solennités de l'action de la loi (6). Si la règle *bis de eadem re*

(1) Festus : *Contestari* est cum uterque reus dicit : *Testes estote.*

(2) Cic., Pr. Mur., 12, rapporte la formule par laquelle le préteur ordonnait aux plaideurs de se rendre sur les lieux avec leurs témoins : « Suis utrisque superstitibus præsentibus istam viam dico. » C'était l'*ex jure manum consertum vocare*. La *litis contestatio* avait lieu au début, et non à la fin de la procédure *in jure*, comme l'a soutenu Keller, *Ueber Litiskontestation und Urteil*, 1827, p. 32. Voy. Wlassak, 72.

(3) Festus, v° *Superstites*. *Antistes*, *præstes*, *interstes* sont aussi des dérivés de *stare*. *Testis*, qui est un redoublement de *sta*, a le même sens que *superstes*. Voy. cep. Bréal et Bailly, 394.

(4) Nous supposons que le *sacr.* était la procédure normale en matière réelle ; la *j. p.*, la voie préférée en matière personnelle.

(5) Gaius, IV, 107. Un autre passage de Gaius (III, 180) confirme cette manière de voir : la *l. c.* n'éteint le droit antérieur que si l'action tend à faire condamner le défendeur ; or cela n'est vrai que de l'action pétitoire, et non de la procédure par serment.

(6) Gaius, IV, 108. Cf. Cic., De amicit., 22 : Acta agimus quod vetamur vetere

ne sit actio empêche de plein droit de recommencer l'action de la loi par serment, comment, sous le système formulaire, une exception est-elle devenue nécessaire pour la faire observer dans les actions réelles? La raison de cette anomalie vient, croyons-nous, de ce que notre règle n'a pas, au temps de Gaius, la signification qu'elle avait primitivement.

Dans le droit ancien, la règle qui défend de recommencer deux fois les solennités de l'action de la loi, et celle d'où l'on a déduit l'effet novatoire de la *l. c.*, sont entièrement distinctes : la première a une portée générale et s'applique à toute action de la loi; la seconde est particulière aux actions de la loi où le défendeur consent à se soumettre à un juge. La première a trait à la forme, la seconde au fond du droit.

D'où vient cette défense d'accomplir deux fois une action de la loi? On a émis l'avis qu'elle a été établie par les Douze Tables. On a fait remarquer que, d'après un passage du commentaire de Gaius sur cette loi, ceux qui contreviennent à la défense de couper des arbres peuvent en même temps être poursuivis comme brigands (1). Gaius, dit-on, avait ici en vue notre règle. Mais quel motif l'a déterminé à y faire allusion? Est-ce parce qu'elle était consacrée par les Douze Tables? Il semble tout aussi plausible de dire que Gaius, en rapportant la disposition relative à celui qui coupe l'arbre d'autrui, avertit ses lecteurs que, de son temps, indépendamment de l'action civile, une poursuite criminelle peut être exercée.

Nous croyons plutôt que cette défense a été introduite par la jurisprudence pontificale. Elle se rattache en effet très étroitement à une règle que Gaius attribue aux pontifes, la règle d'après laquelle celui qui commet la plus petite erreur dans une action de la loi perd son procès (2). Il eût été bien facile d'éluder cette règle, s'il eût été permis d'accomplir une deuxième fois la solennité. Mais la défense n'était pas inutile, car, en d'autres matières, les pontifes permettaient de recommencer la solennité qui n'avait pas été accomplie suivant les rites (3). Dans d'autres cas, ils prescrivaient une expiation, par exemple si un préteur avait présidé à une action de la loi un jour néfaste (4). Ici la peine est plus rigoureuse, c'est la perte irrémédiable du procès.

proverbio. Plaut., Pseud., I, 3, 27 : Stultus es, rem actam agis ; Cistell., IV, 2, 36 : Actam rem agis, quod periit periit.

(1) D., XLVII, 7, 2. Cf. Voigt, I, 547.

(2) Gaius, IV, 30. Cf. Bekker, *Aktionen*, I, 334.

(3) Liv., XXII, 9; XXXIV, 44.

(4) Cic., De har., 11. Voy. *supra*, p. 337, n. 6.

La défense de répéter une action de la loi était donc une règle de pure forme : voilà pourquoi elle s'appliquait, quel que fût l'objet de l'action, en matière réelle comme en matière personnelle. Dans tous les cas elle produisait son effet de plein droit. Plus tard on donna à cette défense une signification différente (1). Lorsque la procédure formulaire commença à se généraliser pour les procès entre citoyens, et que la rigueur avec laquelle les pontifes appliquaient les actions de la loi parut odieuse, on considéra la règle *bis de eadem re agere ne liceat* comme exprimant l'effet que la *l. c.* produisait sur le fond du droit dans tous les cas où l'affaire était soumise à un juge (2).

On remarquera que la défense de *acta agere* ne s'adresse pas à l'un des plaideurs à l'exclusion de l'autre. L'action de la loi est l'œuvre des deux parties : le défendeur qui succombe ne peut pas plus que le demandeur exercer l'action de la loi pour la même affaire. L'intérêt pratique de cette observation se manifeste dans les actions réelles : Primus a revendiqué le fonds Cornélien contre Secundus et a obtenu gain de cause. Après qu'il a recouvré la possession du fonds, peut-il être attaqué en revendication par Secundus? Non, car l'action de la loi ne peut avoir lieu régulièrement pour la même affaire entre les mêmes parties.

La règle *bis de eadem re*... conduit ici à un résultat analogue à celui de l'autorité de la chose jugée; mais il faut bien se garder de croire que le principe de l'autorité, de l'irrévocabilité de la chose jugée fût déjà consacré par les Romains. La maxime qui tient la chose jugée pour l'expression de la vérité leur était inconnue.

Le droit ancien s'attachait à un signe extérieur : l'accomplissement des solennités des actions de la loi. Il n'était pas nécessaire qu'un jugement eût été prononcé pour que le renouvellement de l'action fût interdit. Les solennités de l'action de la loi offraient un criterium plus sûr, plus facile à vérifier qu'un jugement dépourvu de tout caractère solennel. Le droit nouveau a écarté cette conception grossière et matérialiste pour se préoccuper du contenu du jugement : il le met à l'abri de toute attaque et réalise l'idée de justice qui sert de base à l'autorité de la chose jugée.

(1) Sur ce point nous sommes d'accord avec Voigt, I, 545, 548, qui le premier a aperçu cette distinction.

(2) Gaius, III, 181.

§ 6. — *Des torts commis à l'occasion d'un procès.*

I. — Dans son commentaire des Douze Tables, Gaius rapporte qu'il est défendu de consacrer aux dieux une chose au sujet de laquelle une contestation est soulevée (1). Cette défense est distincte de celle qui fut portée par un édit d'Auguste relativement aux choses litigieuses (2). Du rapprochement de ces deux dispositions, il résulte que les Douze Tables ne s'occupent pas de choses ayant donné lieu à une contestation pendante devant le magistrat ou devant le juge, mais de choses à l'occasion desquelles une contestation est soulevée et va donner lieu à un procès (3).

La défense s'adresse-t-elle au possesseur de la chose ou à celui qui la revendique? Au possesseur seul. Celui qui fait la consécration doit, en effet, poser la main sur la chose, ainsi que le pontife (4), pendant qu'on prononce la formule sacramentelle. La possession est donc nécessaire, et, par suite, le revendiquant n'est pas dans le cas d'encourir la prohibition de la loi.

Quel est le motif de cette prohibition ? En consacrant aux dieux une chose dont il est sur le point d'être évincé, le possesseur, dit Gaius, cherche à nuire au propriétaire : il veut diminuer les chances qu'il a de recouvrer sa chose en intéressant au procès le collège des pontifes ; il rend sa condition plus dure en le mettant en face d'un adversaire puissant. De plus, l'affaire rentrant désormais dans le droit sacré, c'est le grand pontife qui aurait qualité pour la juger (5). La raison donnée par Gaius pour justifier la prohibition prouve qu'il ne s'agit pas ici d'une chose litigieuse. Si un procès était déjà engagé, le revendiquant ne courrait aucun risque, la consécration faite par le possesseur intérimaire ne lui causerait pas de préjudice. Le possesseur s'étant mis dans l'impossibilité de restituer la chose, le demandeur, après avoir obtenu gain de cause, pourrait exiger le double de la valeur de la chose et des fruits, soit du défendeur, soit des cautions. La disposition des Douze Tables est donc analogue, quant à l'hypothèse qu'elle prévoit, à celle que nous trouverons plus tard dans l'édit du préteur sur les aliénations faites *judicii mutandi*

(1) Gaius, 6, ad XII, D., XLIV, 6, 3 : Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli pœnam patimur. Nec immerito : ne liceat eo modo deteriorem adversarii condicionem facere.

(2) Frg. *De jure fisci,* 8.

(3) Gaius dit : *res de qua controversia est,* et non *res de qua lis est.*

(4) *Manu dedicare,* Ovid., Fast., I, 610. Cf. Marquardt, VI, 272 (326).

(5) C'est ce qui eut lieu lorsque Clodius fit consacrer aux dieux le terrain sur lequel était bâtie la maison de Cicéron. Cf. Cic., ad Att., IV, 2, 3.

causa et dans la loi Licinia sur l'action en partage d'indivision (1).

En résumé, trois conditions étaient nécessaires pour que la prohibition édictée par les décemvirs fût applicable : 1° qu'il s'agît d'une chose au sujet de laquelle une contestation allait être soulevée ; 2° que cette chose fût consacrée aux dieux par celui qui la possédait ; 3° que la consécration ait eu lieu en vue de rendre plus dure la condition du revendiquant.

La sanction de la loi consistait en une peine pécuniaire. L'auteur de la consécration devait payer le double de la valeur de la chose à celui qui se proposait de la revendiquer. L'hésitation manifestée par Gaius sur ce point vient de ce que, de son temps, cette peine était sans doute tombée en désuétude, et que l'édit d'Auguste sur l'aliénation de la chose litigieuse prononçait une amende au profit du fisc.

II. — La loi romaine punit, dans un certain nombre de cas, des plaideurs dont le seul tort consiste à avoir sans succès fait usage d'un droit consacré par la loi. Parfois aussi, on les punit pour ne pas remplir les engagements qu'ils ont contractés au cours du procès. Dans tous les cas, ils ne sont pas admis à exciper de leur bonne foi.

La sanction de la loi consiste en une peine pécuniaire qui profite tantôt au collège des pontifes, tantôt à l'adversaire du plaideur téméraire. La peine est encourue comme conséquence du jugement prononcé sur le point litigieux ; elle ne donne pas lieu à l'exercice d'une action spéciale et distincte de la demande principale. Voici les cas où le plaideur est puni de sa témérité :

1° Celui des plaideurs qui succombe dans la procédure par serment perd une somme de cinq cents as ou de cinquante as.

2° Celui qui conteste injustement une action résultant d'un legs *per damnationem*, d'un payement fait par un tiers, ou d'un jugement, encourt la peine du double (2).

3° La même peine est édictée contre celui qui défend à l'action en garantie contre l'éviction en cas de mancipation.

4° Celui qui se porte *vindex* d'un citoyen soumis à la *manus injectio* et qui succombe, encourt probablement la peine du double.

5° Celui qui, dans un procès en revendication, a obtenu la chose litigieuse est tenu, s'il succombe et ne peut restituer la chose et les fruits, d'en payer la valeur au double (3).

(1) Paul, 12 ad Ed., D., IV, 7, 8, 1. Marc., 14 Inst., D., eod., 12. Cf. Voigt, II, 544.

(2) Gaius, IV, 171.

(3) Voy. *supra*, p. 264, 428. Dans le texte de Festus (*supra*, p. 353, n. 9), il y a une lacune avant *fructus* : on s'accorde en général à la combler en suppléant *rei*.

III. — Les Douze Tables déterminent les cas où il est permis de surseoir au jugement d'une affaire en raison d'un empêchement survenu à l'un des plaideurs ou au juge : c'est par exemple une maladie, un sacrifice ou un deuil de famille (1). Dans tous ces cas, la cause doit être remise (2). Mais si, hors des cas prévus par la loi, le juge ne se rend pas au jour fixé pour l'ouverture des débats, il fait le procès sien (3).

Prise à la lettre, l'expression *litem suam facere* signifie que le juge a désormais les risques du procès, comme si l'affaire l'intéressait personnellement, de sorte que la condamnation, s'il y a lieu, sera prononcée contre lui, et non contre le défendeur originaire. Cette signification est confirmée par un passage de Quintilien qui nous apprend comment le résultat qui vient d'être indiqué était rendu possible (4) : l'affaire était renvoyée devant un nouveau juge, et l'ancien était mis au lieu et place du défendeur (5).

Cette explication de la situation faite au juge négligent s'écarte notablement de l'opinion courante. D'ordinaire, on n'envisage la question qu'au point de vue de l'application de l'édit du préteur, qui créa une action *in factum* contre le juge qui ferait le procès sien. L'expression *litem suam facere* ne désigne plus alors la *translatio judicii*, conséquence de la négligence du juge, mais seulement le fait qui engage sa responsabilité et qui est considéré comme un quasi-délit Ce fait est-il de même nature que celui qui a motivé la disposition des Douze Tables? On le présente généralement comme étant beaucoup plus grave : on a prétendu que l'édit du préteur s'appliquait principalement dans le cas où le juge avait rendu en connaissance de cause une sentence contraire à la loi (6). S'il en était ainsi, il y aurait là un délit véritable,

(1) Ces empêchements sont au nombre de cinq : 1° *Morbus sonticus* (Æl. Gall. ap. Fest., v° *Sonticum*), particulièrement la fièvre romaine (*malaria*) : Jul., 5 Dig., D., XLII, 1, 60 ; Gell., XX, 1. Ulp., 74 ad Ed., D., II, 11, 2, 3. 2° *Condictus dies cum hoste*; 3° *Status dies cum hoste* (voy. *supra*, p. 401); 4° *Sacrificium, funus familiare* (lex col. Genet., c. 95); 5° *Feriæ denicales* (lex col. Genet.; Festus, v° *Denicales feriæ*).

(2) Festus, v° *Reus* : In secunda tabula secunda lege... scriptum est : Quid horum fuit unum judici arbitrove reove eo die diffensus esto.

(3) Macrobe, Sat., II, 12, rapporte un passage du discours prononcé par C. Titius, à l'occasion de la loi Fannia en 593. Pour dépeindre ces hommes prodigues, allant ivres au forum pour y juger, Titius dit : « Ils jouent aux dés, soigneusement parfumés, entourés de courtisanes. Quand la dixième heure arrive, ils mandent un esclave pour aller s'informer de ce qui se passe au forum... Enfin ils s'acheminent vers le comitium afin de ne pas faire le procès sien. »

(4) Quntil., III, 6, 78 : Nec ignoro fuisse quosdam qui translationem... ponerent hoc modo... : deserui tempestatibus, fluminibus valetudine impeditus.

(5) Cf. Voigt, I, 555, 585.

(6) Ulp., 21 ad Ed., D., V, 1, 15, 1.

et l'on ne comprendrait pas pourquoi on lui aurait refusé ce caractère. On ne comprendrait pas non plus pourquoi Gaius (1) déclarerait le juge responsable de son ignorance (*imprudentia*) alors qu'Ulpien exige le dol.

L'édit du préteur n'avait pas en vue des délits d'une gravité exceptionnelle : il avait voulu surtout réprimer de petites irrégularités qui devaient se produire fréquemment de la part de juges qui n'étaient pas des fonctionnaires, mais de simples citoyens. Par exemple, le juge négligeait sans cause valable de se rendre au forum pour examiner l'affaire dont il était saisi, ou bien il n'observait pas les règles prescrites pour l'ajournement des plaideurs (2). Dans tous ces cas, le juge encourait une responsabilité qui, dit Gaius, était appréciée *ex æquo* (3). Ce n'était que dans les cas les plus graves, comme celui que prévoit Ulpien, que la condamnation s'élevait jusqu'à la valeur du litige.

On voit dès lors la portée de l'innovation réalisée par l'édit. Le préteur avait voulu substituer à la règle inflexible des Douze Tables une règle qui permît de faire varier la responsabilité suivant les cas : le juge pouvait n'être condamné qu'à une somme très minime, si l'irrégularité par lui commise était de peu d'importance ; la condamnation pouvait aller jusqu'au maximum fixé par les décemvirs en cas de dol du juge et de fraude à la loi.

IV. — Celui qui a joué le rôle de témoin ou de *libripens* dans un acte par l'airain et la balance est tenu de prêter son témoignage en justice, s'il en est requis. S'il s'y refuse, il est déclaré *improbus* et déchu du droit de figurer comme témoin dans un acte solennel (4). Ce n'était pas là une peine proprement dite, mais une flétrissure dont l'effet était analogue à celui d'une peine.

V. — Le parjure est frappé de la même déchéance, sans préjudice de la peine qu'il encourt au point de vue du droit sacré (5).

Indépendamment des cas que nous venons de signaler, il y en avait d'autres tels que la *plus petitio*, la *desertio litis*, l'*indefensio*, qui produisaient des conséquences juridiques importantes. La *plus petitio*, notamment, rendait le demandeur non recevable à renouveler sa demande ; il ne pouvait plus se faire rendre justice.

(1) Gaius, 3 Rer. quot., D., L, 13, 6.
(2) Gell., XIV, 8.
(3) *Loc. cit.* : Quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit. Cf. Lenel, *E. P.*, 137.
(4) Voy. *supra*, p. 255, n. 10.
(5) Cic., De leg., II, 9, 22 : Perjurii pœna divina exitium, humana dedecus. Gell., VII, 18, dit des prisonniers d'Hannibal qui revinrent à Rome : « Intestabiles invisosque fuisse. »

Mais cette conséquence n'avait pas le caractère d'une peine; c'était tout simplement l'application d'une règle de procédure d'après laquelle un droit déduit en justice est épuisé et ne peut plus faire l'objet d'une action (1).

III

PROCÉDURE GRACIEUSE.

I. — La pensée d'utiliser les formes de la procédure pour réaliser un but convenu apparaît à Rome de bonne heure. Les parties se mettent d'accord entre elles avant de se rendre devant le magistrat. Bien qu'elles se présentent en justice comme des plaideurs, le procès n'est que fictif (2). La procédure qui va s'engager, ne supposant aucun débat réel, cesse d'être contentieuse : le magistrat qui prête son concours fait acte de juridiction gracieuse.

L'*in jure cessio* est un expédient dont on fit usage, dans le principe, pour donner une valeur juridique à des actes pour lesquels les formes ordinaires étaient insuffisantes. Elle implique, comme il résulte de sa dénomination, une cession : c'est une renonciation au droit de maître qu'on a sur une chose.

Celui qui était poursuivi en justice, par une action en revendication, avait le choix entre deux partis : répondre à la demande formée contre lui par une contre-revendication, ou reconnaître le bien fondé de la prétention du demandeur. Dans ce dernier cas il y avait aveu (*in jure confessio*). Le magistrat constatait le défaut de protestation et déclarait que l'affirmation du demandeur était juste (*addicere*), que la chose qui faisait l'objet du procès était bien à lui.

Cette *addictio* produisait le même effet qu'un mode d'acquérir; aussi eut-on la pensée de simuler un procès dans certains cas où l'on voulait transmettre un droit. L'aliénateur et l'acquéreur comparaissaient devant le magistrat. L'acquéreur déclarait par exemple que les biens laissés par telle personne après son décès étaient à lui d'après le droit des Quirites. L'aliénateur, c'est-à-dire l'agnat, appelé par la loi à la succession, gardait le silence ou aquiesçait à l'affirmation. Le magistrat confirmait solennellement la déclaration faite devant lui, et désormais l'acquisition était consommée.

(1) Accarias, II, 976. Voy. *supra*, p. 433, n. 6; 420, n. 8; 428, n. 4.
(2) Ihering, III, 211; Bechmann, *Der Kauf*, I, 553. Voy. cep. Arnault, Acad de législ. de Toulouse, XXVI, p. 151. Schulin, *Lehrb.*, 366.

C'est ainsi que l'*in jure cessio,* qui était d'abord un acte de procédure, devint un acte juridique. Dans cette transformation elle ne perdit pas son caractère primitif d'action de la loi. La capacité requise pour faire l'*in jure cessio,* c'est la capacité d'exercer une action de la loi, ce n'est pas le *commercium.* Aussi les personnes *alieni juris* ne peuvent-elles prendre part à une *in jure cessio,* tandis qu'elles peuvent acquérir par mancipation (1).

II. — Bien que l'*in jure cessio* nous apparaisse comme un procès fictif en revendication, il ne faudrait pas en conclure qu'elle a une sphère d'application aussi étendue que la revendication.

La faculté de céder *in jure* l'hérédité est refusée à l'héritier testamentaire. Le droit de céder l'exercice de la tutelle est dénié aux tuteurs autres que les tuteurs légitimes, bien que les uns et les autres aient le droit de revendiquer. Un chef de maison peut revendiquer son fils ou sa femme *in manu :* l'*in jure cessio* ne suffit pas pour lui faire perdre le droit de maître qu'il a sur ces personnes; la mancipation seule a cet effet.

L'usage n'a permis l'*in jure cessio* que dans un certain nombre de cas, peu nombreux à l'origine.

Nous avons déjà rencontré diverses applications de l'*in jure cessio :* elle servait à faire un affranchissement par la vindicte, à transmettre à un tiers la vocation d'un agnat à la succession *ab* intestat, à acquérir le droit d'un maître de maison sur un enfant adopté (2).

L'affranchissement par la vindicte paraît être la plus ancienne application de l'*in jure cessio.* D'après la légende, le premier esclave affranchi de cette manière fut celui qui dénonça aux consuls le complot destiné à ramener à Rome les Tarquins (3).

Les autres applications de l'*in jure cessio* sont plus récentes. On put l'employer pour céder l'exercice de la tutelle légitime d'une femme pubère, pour constituer une servitude urbaine ou un usufruit, et même pour acquérir la propriété d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi* (4). Mais elle avait ici un caractère anormal, exceptionnel : elle n'a jamais été un mode régulier de créer un droit réel entre vifs. Gaius le dit pour la propriété (5), et cela est vrai pour les servitudes (6).

En était-il de même au sixième siècle de Rome? Cela n'est pas

(1) Gaius, II, 96 ; Vat. fr., 51. Voy. *supra*, p. 194.
(2) Voy. *supra,* p. 182, 291, 243.
(3) Liv., II, 5. Paul., 1 Manual., Vat., Fr., 50, dit que les Douze Tables consacrèrent l'efficacité de l'*in jure cessio.*
(4) Gaius, I, 168; II, 24, 29, 30.
(5) Voy. *supra,* p. 266, n. 2.
(6) L'usufruit s'établissait le plus souvent par testament, et dans les cas assez rares

douteux pour l'usufruit, qui n'était pas encore usité et qui apparaît tout au plus à la fin de cette période, et vraisemblablement il faut en dire autant des servitudes urbaines, qui pour la plupart sont des derniers siècles de la République.

Quant à la propriété, on a prétendu qu'elle pouvait s'acquérir par *in jure cessio* au temps des Douze Tables (1). On ne voit pas cependant quelle aurait été l'utilité de ce mode d'acquérir. Il est difficile de croire qu'on l'ait imaginé pour les *res nec mancipi*. Comment concevoir l'intervention du magistrat pour des choses qui en elles-mêmes pouvaient n'avoir que très peu de valeur et qui n'étaient pas considérées comme nécessaires aux besoins de la famille? Quant aux *res mancipi*, aux biens patrimoniaux, on sait qu'il n'était pas d'usage de les aliéner, et pour les cas où l'aliénation s'imposait, la mancipation était suffisante; elle n'aurait été remplacée que très imparfaitement par l'*in jure cessio*. Par elle-même celle-ci suppose de la part de l'aliénateur une renonciation pure et simple à son droit; elle n'implique pas la remise par l'acquéreur d'un équivalent. Elle se prête mal à une aliénation à titre onéreux. Ne nous hâtons pas d'en conclure qu'elle servait à parfaire une donation ou une constitution de dot : il faudrait préalablement démontrer qu'on pouvait à cette époque disposer à titre gratuit de cette partie des biens qui était considérée comme nécessaire aux besoins de la famille.

Il est probable qu'en présentant l'*in jure cessio* comme un mode d'acquérir applicable aux *res mancipi* comme aux *res nec mancipi*, on s'est borné à formuler en règle de droit ce qui avait lieu en cas d'*in jure cessio* d'une hérédité légitime. Celui à qui un agnat cédait l'hérédité acquérait l'ensemble des biens corporels du défunt. En disant que la propriété peut s'acquérir par *in jure cessio*, on n'a fait qu'étendre aux choses considérées individuellement une règle déjà admise pour la masse des biens composant une hérédité.

III. — L'*in jure cessio*, considérée comme acte de juridiction gracieuse, produit un effet qui mérite d'être remarqué. Le décret

où il était constitué entre vifs, l'*in jure cessio* était inutile toutes les fois que l'usufruit était réservé à celui qui aliénait la nue propriété d'une *res mancipi* : il suffisait d'ajouter une clause à la mancipation (*deductio ususfructus*). On procédait de même pour les servitudes urbaines : on les constituait entre vifs par une clause insérée dans la *lex mancipii* du fonds servant. Varron, L. l., V, 5, 27, a conservé la formule usitée pour établir la servitude d'égout : « Stillicidia flumina uti nunc sunt, ut ita cadant fluantque. » C'est précisément une *lex mancipii*. Il n'y avait pas ici, à parler exactement, une *deductio* : l'aliénateur n'entendait pas retenir une part de la propriété ; il voulait seulement maintenir un état de choses préexistant.

(1) Bechmann, *Der Kauf*, I, 557; Ihering, III, 236.

du magistrat constate la formation d'un droit nouveau au lieu de se borner à reconnaître un droit préexistant. L'*addictio* n'était pas simplement déclarative, elle était attributive de droit, et le droit créé était le droit des Quirites. Pourquoi le préteur, qui en toute autre circonstance confère seulement l'*in bonis*, a-t-il ici le pouvoir d'attribuer la propriété quiritaire (1)?

Cette singularité vient de ce que l'*in jure cessio* n'avait pas dans le droit primitif le même caractère qu'au temps de Gaius. Dans la procédure gracieuse, comme dans la procédure contentieuse, ce qui fonde le droit, c'est la déclaration solennelle du demandeur, déclaration acceptée par le défendeur et confirmée par le magistrat. C'était l'application d'une règle générale de l'ancien droit : une déclaration en forme solennelle suffit pour créer un droit à l'auteur de la déclaration.

Le droit nouveau a restreint l'application de cette règle; lorsque la procédure formulaire eut été substituée aux actions de la loi, on vit disparaître l'affirmation solennelle du droit vrai ou prétendu du demandeur. On abandonna dès lors l'idée qu'une personne pouvait se créer un droit par une déclaration solennelle, et l'on s'habitua à voir dans le décret du magistrat, dans la sentence du juge, le fondement du droit entre les parties. Mais les décisions judiciaires avaient un effet purement déclaratif; l'*in jure cessio*, qui pouvait servir à créer un droit nouveau, aurait dû disparaître; on la conserva cependant dans la procédure gracieuse avec l'efficacité qui lui appartenait dans l'ancien droit (2).

(1) Cf. SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, 1883, p. 458.

(2) L'*in jure cessio* avait-elle un effet absolu ou relatif? Le droit acquis était-il opposable à tout le monde ou seulement aux parties en cause? L'effet absolu paraît difficile à contester; sans quoi, comment Gaius mettrait-il sur la même ligne l'*in jure cessio* et la mancipation? Cf. BECHMANN, I, 554. *Contra*, VOIGT, II, 59.

LIVRE III

DE LA DIVULGATION DES ARCHIVES PONTIFICALES AUX PREMIERS ESSAIS D'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT

Parmi les événements mémorables de l'époque que nous allons étudier, il en est deux qui ont été accueillis d'une manière bien différente par les contemporains. Au milieu du cinquième siècle, la publication des actions de la loi fut considérée comme un bienfait public et valut à celui qui en était l'auteur la reconnaissance de ses concitoyens. Vers la fin du sixième siècle, l'établissement, par la loi Æbutia, de la procédure formulaire destinée à supplanter les actions de la loi devenues odieuses, a si bien passé inaperçu qu'on n'en rencontre aucune trace chez les écrivains de la fin de la République. Si ces deux événements qui, l'un et l'autre, ont exercé une influence décisive sur le développement de la jurisprudence, ont eu des fortunes si diverses, c'est sans doute que l'un eut, dans le principe, une portée restreinte, et ne produisit que par la suite des conséquences inespérées, tandis que l'autre apparut à tous les yeux comme le point de départ d'une ère nouvelle pour le droit et pour la liberté.

Nous avons à déterminer la portée des actes qui ont abouti à la divulgation des archives pontificales; et par là même à expliquer pourquoi nous en avons fait, à l'égal des Douze Tables, le commencement d'une des trois époques de l'ancien droit. Il semble étrange de placer sur la même ligne l'œuvre des décemvirs, qui a créé un état de droit nouveau, et la trahison d'un scribe qui a livré à la publicité les secrets des pontifes. Certes, il y a là deux faits d'une nature très différente ; et pourtant l'un a été le complément nécessaire de l'autre : le premier a rendu l'acquisition des droits indépendante de la qualité de membre des curies, le second a eu pour effet de séculariser la jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

Sécularisation de la jurisprudence.

En consacrant le principe de l'égalité de droit des plébéiens et des patriciens, les décemvirs avaient réalisé un progrès considérable et supprimé un ferment de discorde entre les membres de la cité. Il restait à faire passer le principe de la théorie dans la pratique; il fallait vulgariser l'art d'appliquer le droit. La publicité donnée aux Tables de la loi n'était ici d'aucun secours. Les plébéiens n'étaient pas plus avancés à cet égard que ne le serait aujourd'hui un citoyen qui achèterait un exemplaire de nos Codes. Pour apprendre l'art d'appliquer le droit, il fallait forcer les portes du collège des pontifes en le rendant accessible aux plébéiens, et mettre fin à un monopole qui avait trop longtemps duré.

Les privilèges du collège des pontifes, s'ils offraient des avantages au point de vue de la stabilité du droit, n'en étaient pas moins peu compatibles avec la nouvelle organisation des pouvoirs publics. N'était-il pas singulier de permettre à un collège permanent d'avoir la haute main sur la formation du droit et sur l'administration de la justice, alors que le gouvernement et l'administration de l'État étaient confiés à des magistrats annuels? Pourquoi laisser le préteur, élu par le peuple, dans une situation amoindrie en face des pontifes qui se recrutaient par voie de cooptation? Les plébéiens sentirent plus vivement encore cet état de dépendance lorsque, en 417, ils arrivèrent à la préture. Ils se virent investis d'un pouvoir presque nominal, n'étant pas en mesure de dire le droit sans le concours du délégué des pontifes, organe des intérêts du patriciat.

Il y avait là bien des causes qui devaient tôt ou tard conduire les Romains à dépouiller les pontifes de leurs privilèges. Pour ne plus être à la merci des pontifes patriciens, il manquait aux justiciables trois choses : le recueil des formulaires d'actes juridiques et des actions de la loi, le calendrier, le recueil des décisions rendues par les pontifes en interprétation de la loi.

Les formulaires étaient des modèles d'actes juridiques. Les pontifes les avaient composés pour prévenir toutes les difficultés que la pratique judiciaire avait révélées. A une époque où la loi ne suppléait pas ce que les parties avaient omis d'exprimer, il

fallait entrer dans les détails les plus minutieux pour éviter toute surprise. Une longue expérience des affaires pouvait seule apprendre les avantages ou les dangers de telle ou telle clause. Aussi, avant de conclure un acte, était-il prudent d'aller auprès des pontifes solliciter comme une faveur l'indication du formulaire qu'on devait employer.

Le peuple était tout aussi embarrassé pour savoir, soit les jours où il était permis d'agir en justice sans s'exposer à violer la loi religieuse (1), soit le rituel à observer pour accomplir sans irrégularité une action de la loi. Enfin, à une époque où la loi était rédigée d'une manière aussi brève et faisait une part si large à l'interprétation, on ne pouvait guère se rendre compte de la portée d'une disposition sans consulter le recueil des décisions qui avaient fixé la jurisprudence.

Formulaires, calendrier, règles interprétatives étaient soigneusement conservés par les pontifes au fond de leurs archives, lorsque l'indiscrétion d'un scribe vint révéler au public une partie de leurs secrets.

I

DIVULGATION DES ARCHIVES PONTIFICALES.

D'après la tradition, c'est un citoyen appartenant à une famille d'affranchis, Cn. Flavius, qui livra à la publicité un recueil de formules rédigé par Appius Claudius, le censeur de 442 et le consul de 447. Comment ce recueil était-il parvenu entre les mains de Flavius? Pomponius parle d'une soustraction, mais le fait est peu vraisemblable : Flavius fut élu édile grâce à l'appui de Claudius. Au lieu de supposer qu'il abusa de la confiance de son protecteur, il est bien plus naturel de croire qu'il fut l'instrument de sa vengeance. L'hostilité d'Appius contre le parti des nobles est bien connue; elle explique suffisamment qu'il ait cherché à abattre leur puissance en divulguant le calendrier et les

(1) Les jours néfastes étaient consacrés à des actes de purification, au culte des dieux infernaux : il y en avait environ 60. On évalue à 40 le nombre des jours fastes, ceux où le préteur pouvait prononcer les trois mots résumant les attributs de la juridiction : *Do, dico, addico*. On pouvait également exercer une action de la loi pendant les *dies intercisi*, mais seulement au milieu du jour, le matin et le soir étant réservés pour les sacrifices. L'action de la loi était également permise pendant les jours affectés aux comices, lorsque le peuple n'était pas convoqué : il y en avait environ 190 ; mais il fallait en retrancher les jours de fête, où *lites* et *jurgia* étaient suspendus. Il y a du reste bien des points douteux en cette matière ; il est probable qu'elle a subi, dans le cours des siècles, des transformations qui nous échappent. Cf. Marquardt, VI, 291 (347). Bouché-Leclercq, *Les Pontifes*, 238.

formulaires des pontifes. C'est à son instigation que Flavius publia la Table des fastes et le formulaire connu sous le nom de *Jus civile Flavianum* (1).

Comment Appius en avait-il eu connaissance? C'est là une question dont les historiens ne se sont pas en général préoccupés. Il semble tout naturel qu'Appius, patricien et magistrat, ait eu accès aux archives pontificales. Mais il n'est dit nulle part que le secret n'ait été pas observé à l'égard des patriciens aussi bien que des plébéiens ; et comme il ne paraît pas qu'Appius ait jamais fait partie du collège des pontifes, on se demande comment il s'est procuré les renseignements qu'il a fait publier. Un fragment de Pomponius contient une indication caractéristique : il présente le recueil comme l'œuvre personnelle d'Appius, qui aurait mis en ordre les formulaires et les actions de la loi (2).

Cette observation donne lieu de croire qu'Appius a réussi à en avoir connaissance d'une façon toute naturelle et qui n'avait rien de répréhensible. C'est en assistant régulièrement aux audiences des magistrats, soit par lui-même, soit par ses secrétaires, en interrogeant ceux qui venaient consulter les pontifes, qu'il parvint, à force de persévérance, à recueillir des notes suffisantes pour composer son recueil (3).

La publication des formulaires et du calendrier porta une atteinte sérieuse au crédit dont jouissaient les pontifes. Le peuple, dans sa reconnaissance, fit de Flavius un tribun de la plèbe, un sénateur, un édile curule. Quelques années après, en 454, la loi Ogulnia ouvrit à la plèbe les portes du collège des pontifes (4). Les traditions et la méthode du collège allaient cesser d'être le monopole des patriciens.

Il restait un dernier pas à faire pour vulgariser l'art du droit : il fallait en propager la connaissance par l'enseignement public et initier ceux-là même qui ne faisaient pas partie du collège. Ce fut la pensée du premier grand pontife plébéien, Tib. Coruncanius (5).

(1) MOMMSEN, *Röm. Forschungen*, II, 301 ; KRUEGER, *Geschichte der Quellen*, 29 ; JÖRS, op. cit., 72.

(2) POMP., Enchir., D., I, 2, 2, 7, où il faut lire *composuisset* au lieu de *proposuisset*, qui ne peut s'accorder avec *ad formam redegisset*. Cf. PUNTSCHART, 89.

(3) CICÉRON, Pr. Mur., 25, et PLINE, H. n., XXXIII, 17, attestent que Flavius réussit de cette manière à connaître le calendrier. Il en fut sans doute de même pour les formulaires. Voy. JÖRS, *Röm. Rechtswissenschaft*, 71.

(4) LIV., X, 6 et 9.

(5) LIV., Ep., 18.

II

L'ENSEIGNEMENT PUBLIC DU DROIT.

Consul en 474, Coruncanius avait fait une campagne heureuse contre les Étrusques et soumis plusieurs villes. En 508, il fut élevé à la dictature, mais dans l'intervalle il avait été appelé au collège des pontifes, dont il devint président dans les dernières années du cinquième ou au début du sixième siècle. Son passage au pontificat suprême fut signalé par une innovation qui devait avoir des conséquences inappréciables pour le développement de la jurisprudence. Rompant avec les habitudes de ses prédécesseurs, il admit à ses audiences tous ceux qui voulaient apprendre l'art du droit. Il expliquait à ses auditeurs comment il résolvait, à l'aide des précédents, les questions qui lui étaient soumises.

Le recueil des décisions des pontifes, qui jusqu'alors était resté secret, fut peu à peu divulgué. Désormais les légistes allaient se recruter non plus parmi quelques privilégiés choisis par les pontifes, mais parmi tous les citoyens de bonne volonté qui se sentaient la vocation nécessaire. Les pontifes continuèrent encore pendant longtemps à se livrer à l'étude du droit; mais la divulgation de leurs archives eut pour effet de soustraire de plus en plus le droit civil à l'influence de la religion.

Au cours du sixième siècle, on reste encore fidèle à la méthode des pontifes, mais on sent déjà qu'un esprit plus large anime la jurisprudence. Sans renoncer aux formules étroites qui avaient servi de lisières aux légistes des premiers siècles, les prudents cherchent les moyens de donner une sanction à certains devoirs de conscience. C'est le point de départ d'un mouvement d'idées qui se continuera sans interruption pendant plusieurs siècles, et d'une évolution de la pensée juridique qui trouvera son expression la plus élevée dans le droit classique.

CHAPITRE II

Des changements survenus dans l'état social.

La période dans laquelle nous entrons a été marquée par une série d'événements qui ont exercé sur la fortune de Rome, et par

contre-coup sur le droit romain, une influence caractéristique. Dans la première moitié du cinquième siècle, des guerres habilement conduites avaient amené la soumission du Latium (416), de l'Apulie et de la Campanie (443). Bientôt après les Herniques, les Èques (451), les Samnites (464), furent contraints de subir la domination des Romains : l'Italie centrale était définitivement conquise. L'Italie septentrionale eut en partie le même sort : les Étrusques, les Ombriens et les Senons se rendirent en 474. Enfin, de 474 à 482, la guerre de Pyrrhus amena la soumission de Tarente et de la Grande-Grèce : l'Italie méridionale appartenait aux Romains.

La conquête de l'Italie était à peine achevée que Rome songea à étendre son empire au delà des mers. La première guerre punique (490-513) la mit aux prises avec Carthage et lui donna la Sicile. La Sardaigne et la Corse tombèrent en son pouvoir en 524, l'Espagne en 557, la Gaule cisalpine en 563, après la deuxième guerre punique, l'Asie en 563, après la guerre contre Antiochus, la Macédoine en 586.

En moins de deux siècles, Rome avait soumis à son autorité l'Italie et, hors de l'Italie, quelques-unes des contrées les plus renommées par leur fertilité, par leur commerce ou par leur industrie. Ce développement considérable de la puissance de Rome a exercé une influence décisive sur la composition du corps social, ainsi que sur la vie sociale.

I

DÉVELOPPEMENT DU CORPS SOCIAL.

Les cités italiques soumises par les Romains n'ont pas reçu une organisation uniforme. A l'égard des unes, Rome pratiqua le système de l'annexion ; à l'égard des autres, celui de la fédération.

La Sabine et la majeure partie du Latium, de l'Étrurie et de la Campanie furent incorporées au territoire et servirent à former de nouvelles tribus. Le nombre des tribus, qui était de vingt et un à la fin du troisième siècle et qui avait été porté à trente et un de 365 à 436, s'accrut de deux tribus en 454 et de deux autres en 513. Il y eut dès lors trente-cinq tribus, sur lesquelles quatre seulement étaient urbaines (1).

Les cités fédérées conservèrent leur indépendance administra-

(1) Voy. la liste des trente-cinq tribus dans MOMMSEN, III, 171 (194).

tive, mais furent assujetties par un traité à certaines obligations. Telle était la condition de Tibur, Preneste, Lavinium, Naples, etc.

Sur le territoire conquis, les Romains fondèrent d'assez nombreuses colonies qui étaient comme des postes militaires chargés de maintenir les habitants dans l'obéissance. C'étaient, soit des colonies de citoyens romains, soit des colonies latines. Les premières furent toujours établies sur les côtes jusqu'à la fin de la deuxième guerre punique ; de 458 à 597 on en compte vingt-quatre. Les secondes étaient dans l'intérieur des terres ; il y en eut vingt de 451 à 573.

Les colonies latines étaient rangées dans les cités fédérées ; les colonies de citoyens jouissaient du droit de cité, comme les cités annexées ; mais elles figuraient dans la catégorie des cités *cum suffragio*. A côté d'elles, il y avait des cités *sine suffragio*, dont la constitution était modelée sur celle de Cære ; mais au cours du sixième siècle elles paraissent avoir été transformées en cités *cum suffragio* (1).

Quant aux pays extra-italiques, ils formèrent des provinces placées sous l'autorité d'un gouverneur. Trois d'entre elles furent organisées pendant le sixième siècle, la Sicile, la Sardaigne et les deux Espagnes. Les cités y étaient divisées en villes libres, fédérées ou non, en municipes et colonies, et en villes stipendiaires.

II

CRÉATION DU PRÉTEUR PÉRÉGRIN.

Pendant plus d'un siècle, il n'y eut à Rome qu'un seul préteur. Quand on songe à la population de la ville et des cités qui lui étaient soumises, on s'étonnerait qu'un seul magistrat ait pu suffire, si l'on ne savait que le préteur n'était pas chargé de juger les procès. Son rôle se bornait, dans la plupart des cas, soit à présider à l'action de la loi, soit à examiner si la prétention du demandeur méritait d'amener l'organisation d'une instance. Il renvoyait alors les parties devant un citoyen qui exprimait son avis sur l'affaire.

D'un autre côté, dès le cinquième siècle, on créa dans un certain nombre de localités, à Cære et à Capoue, par exemple (2), des centres de juridiction où l'on envoya des *præfecti juri dicundo* nommés par le préteur. Ces préfets exerçaient une juridiction limi-

(1) Mommsen, III, 236 (267).
(2) Voy. la liste de ces cités dans Mommsen, III, 814 (464²).

tée, mais analogue à celle du préteur, dont ils étaient comme les mandataires.

L'accroissement considérable du nombre des pérégrins résidant à Rome motiva, dit Pomponius, la création d'un second préteur (1). Pour distinguer les deux préteurs, on appela le premier préteur urbain, le second, préteur pérégrin (*is qui Romæ inter peregrinos jus dicit*) (2).

Ce second préteur eut-il, dès l'origine, pour mission principale de dire le droit entre pérégrins ? Cela est douteux ; il n'est guère probable qu'à la fin de la deuxième guerre punique, le nombre des étrangers résidant à Rome se soit accru de manière à nécessiter la création d'un préteur spécial. Il est plus vraisemblable que le second préteur fut utilisé suivant les besoins de l'État, quelquefois à Rome, plus souvent au dehors. L'acquisition de la Sicile en 513 et de la Sardaigne en 526 exigea la présence d'un magistrat du peuple romain : à diverses reprises on y envoya le préteur pérégrin (3). Même après la création de deux nouveaux préteurs en 527, il arriva fréquemment que les attributions du préteur pérégrin furent réunies à celles du préteur urbain, particulièrement lors de la deuxième guerre punique. C'est seulement lorsqu'on porta à six le nombre des préteurs, après la conquête de l'Espagne, que le préteur pérégrin demeura en permanence à Rome.

III

FIN DE LA LUTTE ENTRE LE PATRICIAT ET LA PLÈBE.

La période précédente nous a montré aux prises le patriciat et la plèbe. Après une lutte deux fois séculaire, la plèbe a réussi à enlever au patriciat le monopole des hautes magistratures et des sacerdoces. Depuis la loi Ogulnia, tout citoyen peut devenir consul ou pontife; bientôt après, le pontificat devint électif (4).

Le tribunat de la plèbe devint lui-même une magistrature. Les tribuns acquirent entre autres droits celui de convoquer le sénat,

(1) Pomp., Enchir., I, 2, 2, 28 : « Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Prætore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Prætor, qui peregrinus appellatus est ab eo quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. » L'Epitome de Tite-Live, 19, rapporte ce fait à l'an 512 ; Lydus (De magistr., I, 38, 45), à 507 ou 510 d'après la computation de Varron.

(2) *Lex Julia municipalis*, lin. 12 (Bruns, 102; Girard, 72).

(3) Cf. Voigt, *J. N.*, II, 593 ; Puntschart, *Civilrecht der Römer*, 112.

(4) Il en était ainsi en 542 (Liv., XXV, 5), peut-être même dès le temps où fut nommé le premier grand pontife plébéien, Tib. Coruncanius.

de présider les comices où l'on votait les plébiscites qui, désormais, eurent force de loi.

Le patriciat ne conserva plus que quelques privilèges qui ne tardèrent pas à leur tour à disparaître : la *patrum auctoritas,* et le droit pour six centuries de chevaliers patriciens de voter dans les comices avant toutes les autres. Lors de la deuxième guerre punique, l'antagonisme entre le patriciat et la plèbe avait pris fin (1), sans doute par suite de la réforme des comices par centuries.

L'égalité de droits entre citoyens fut d'ailleurs plus nominale que réelle. On vit bientôt se former au sein de la cité deux ordres privilégiés : l'ordre sénatorial et l'ordre équestre (2). Les citoyens qui n'appartenaient ni à l'un ni à l'autre formaient la plèbe. Nous suivrons dans la période suivante les péripéties de la lutte entre l'ordre sénatorial et l'ordre équestre, et nous verrons les conséquences qui en sont résultées, principalement quant à la composition des décuries de juges.

IV

LA VIE SOCIALE.

C'est dans la seconde moitié du cinquième siècle que s'ouvre à Rome la période du commerce et de l'industrie. La vie sociale subit dès lors une transformation profonde, sous l'influence de causes multiples que nous avons à déterminer. Les principales sont : l'accroissement de la richesse générale, l'affluence à Rome des campagnards et des étrangers, le développement du commerce et de l'industrie, l'affaiblissement de la moralité publique et du sentiment religieux, la dislocation des *gentes*.

I. — Les succès des Romains eurent pour effet d'accroître rapidement, et dans des proportions considérables, la fortune publique et privée. En 461, L. Papirius Cursor, vainqueur des Samnites, fit remettre au trésor plus de deux millions d'as d'une livre, produit de la vente des prisonniers, et treize cent trente livres d'argent pris dans les villes. Son collègue Carvilius versa au trésor trois cent quatre-vingt mille livres de cuivre payées par les Falisques, et avec l'argent monnayé provenant du butin, il put donner des gratifications aux soldats et faire construire un temple

(1) Salluste, Hist., I, 9.
(2) C'est en 560, pendant la censure de S. Ælius, que les sénateurs obtinrent pour la première fois une place réservée au théâtre et dans les jeux publics. Liv., XXXIV, 44.

à la Fortune. De 513 à 523, les contributions de guerre exigées des Carthaginois s'élevèrent à quatre mille quatre cents talents, soit plus de vingt-trois millions de francs (1). En 586, Paul Émile versa au trésor deux cent trente millions de sesterces (2), et, depuis cette époque, les citoyens furent dispensés de payer le tribut.

En 479, les censeurs exclurent du sénat Rufinus, parce qu'il avait un service de table d'argent du poids de dix livres (3). Un demi-siècle plus tard, pendant la seconde guerre punique, certains sénateurs mettaient des phalères d'argent à leurs chevaux (4). L'argent, qui au temps des Douze Tables valait environ deux cent cinquante fois plus que le cuivre, ne valait plus que cent douze fois son poids de cuivre au sixième siècle.

L'abondance du numéraire amena un renchérissement du prix de toutes choses : on estime qu'il s'éleva aux trois cinquièmes de leur valeur. Un objet qui valait soixante as en valut dès lors cent. La somme allouée par le trésor pour acheter un cheval, somme qui était primitivement de mille as (5) d'une livre, fut portée, depuis 536, à dix mille as (1,000 drachmes) de deux onces. La proportion est donc de six à dix, soit trois cinquièmes. Est-ce à dire que la valeur des chevaux ait décuplé ? Cela est vrai de la valeur nominale, mais la valeur réelle s'est accrue dans une moindre proportion. Pour s'en faire une idée juste, il faut tenir compte de la réforme monétaire qui s'opéra dans notre période.

Dès l'an 486, on avait commencé à frapper de la monnaie d'argent pour faciliter le grand commerce, qui ne pouvait plus s'accommoder de la monnaie de cuivre. En 537, au début de la deuxième guerre punique, on frappa momentanément des pièces d'or (6). En même temps l'as d'une livre était remplacé par l'as de quatre onces (triental), puis de deux onces, de sorte qu'un as ancien valait maintenant six as de deux onces. Ce changement de la valeur nominale de l'as, joint au renchérissement du prix des choses, eut pour résultat de décupler la valeur nominale de tous les objets.

II. — L'augmentation de la richesse eut pour effet d'attirer à Rome une foule de gens qui pensèrent y trouver des moyens plus

(1) Liv., X, 46. Polybe, I, 62, 63, 88.
(2) Pline, H. n., XXXIII, 11.
(3) Gell., XVII, 21; IV, 8.
(4) Liv., XXVI, 36.
(5) Varr., L. l., VII, 38. Cf. Belot, *La révolution économique et monétaire qui eut lieu à Rome au troisième siècle avant notre ère.* 1885.
(6) Pline, H. n., XXXIII, 3.

faciles d'existence. Après la deuxième guerre punique, la misère avait forcé un grand nombre de paysans à abandonner les campagnes dévastées par les belligérants (1). Les étrangers venaient aussi de toutes parts se fixer à Rome : en 561, il y avait beaucoup d'alliés et de Latins (2). En 567, on en renvoya douze mille, et cette mesure fut renouvelée en 577. Les Grecs eux-mêmes commencèrent à venir à Rome (3), ainsi que les Carthaginois (4).

III. — Vers la même époque, le commerce prenait un grand essor. La navigation maritime, longtemps étrangère aux Romains, se développa rapidement à partir de la fin du cinquième siècle (5). En 536, la loi Claudia dut interdire aux sénateurs et à leurs fils d'avoir des bateaux de transport d'un tonnage supérieur à trois cents amphores (6). Après la seconde guerre punique, on créa au pied de l'Aventin, sur les bords du Tibre, un entrepôt général avec des magasins pour toute espèce de marchandises.

En 570, Caton fit bâtir le premier bazar, la basilique Porcia (7). Bientôt après s'élevèrent les basiliques Fulvia et Sempronia. En 534 et en 542, on créa de nouveaux marchés qui se tinrent le 15 novembre, lors des *ludi plebei,* et le 13 juillet pour les jeux Apollinaires (8).

Tandis que le commerce d'exportation était limité à l'huile, au vin, aux instruments de fer qui se fabriquaient à Pouzzoles, l'importation des marchandises étrangères prit un tel développement que le sénat se préoccupa d'empêcher l'argent qui était entré à Rome de retourner à l'étranger. En 525, il défend de payer en or ou en argent les esclaves ou autres marchandises achetées aux Celtes (9).

Les grands financiers de Rome trouvaient ainsi dans l'armement, dans le commerce de gros, un emploi très rémunérateur de leurs capitaux. Pourtant, ce n'était pas là la principale source de leurs revenus : le prêt à intérêt (10), la banque (11), et

(1) Liv., XXV, 1. Voy. Geffroy, *Du rôle de la richesse dans l'ancienne Rome sous la République* (Rev. des Deux Mondes, 1888, t. 87, p. 528).
(2) Liv., XXXIX, 3; XXXV, 7; XLI, 8; XLII, 10.
(3) Polybe, XXX, 4.
(4) Plaut., V, 1, 2, Pœn.
(5) De brev. vitæ, 13.
(6) Liv., XXI, 63.
(7) Liv., XXIX, 41.
(8) Liv., XXV, 12. Cf. Marquardt, VI, 349, 384 (39^2, 87^2).
(9) Zon., VIII, 19.
(10) Caton., R. r., pr., 1; Plaut., Curc., IV, 1, 19; 2, 33; Most., III, 1, 1.
(11) Les banques (*argentariæ tabernæ*) existaient déjà en 444, lors du triomphe de Papirius Cursor. Liv., IX, 40. Cf. Varr., 2 de vita p[i] R[i], ap. Non., v° *Tabernas.*

surtout les entreprises de travaux publics (1) ou de fournitures de l'armée (2), du recouvrement des impôts (3), ou de la perception des droits de douane (4), les ont surtout enrichis.

Les sociétés de publicains étaient composées principalement de membres de l'ordre équestre. On considérait le commerce comme peu honorable pour un sénateur. Caton l'Ancien trouva le moyen d'éluder cette prescription en s'intéressant comme bailleur de fonds dans des sociétés d'armateurs (5).

Le développement de l'industrie est loin d'être comparable à celui du commerce. Le travail des esclaves suffisait en général aux besoins des particuliers. Les produits manufacturés dont faisaient usage les Romains venaient la plupart de l'étranger.

IV. — Les étrangers qui venaient se fixer à Rome comblaient les vides que les guerres avaient faits dans les rangs de la population. Mais leur présence en ville ne fut pas sans exercer une influence marquée sur l'état de la société. Ils avaient des coutumes différentes de celles des Romains; ils appartenaient souvent à des peuples d'une civilisation supérieure; ils avaient une culture intellectuelle ou artistique plus développée; mais ils avaient aussi tous les vices qui d'ordinaire accompagnent le goût du luxe et du plaisir. Ce fut une cause de démoralisation pour la ville. L'autorité du censeur devint impuissante : en plusieurs circonstances le législateur dut intervenir pour la fortifier. Alors commence la série des lois somptuaires, lois Metilia (6), Oppia (7), Orchia, Fannia (8), qui proscrivent le luxe dans les vêtements, les parures des femmes, les fêtes, les repas, les funérailles (9).

En même temps, les vieilles croyances étaient battues en brèche par l'Évhémérisme. Évhémère soutenait que les dieux ne sont que des hommes courageux, illustres et puissants qu'on a

(1) En 540, 570, 580. Liv., XXIV, 8; XXXIX, 5; XLI, 27.

(2) En 539, 540, 559. Liv., XXIII, 48; XXV, 3; XXXIV, 9.

(3) En 539. Liv., XXIII, 49.

(4) En 555 et 575. Liv., XXXII, 7; XL, 51. Voy. Belot, *Hist. des chevaliers*, 1873, II, 148; Deloume, *Les manieurs d'argent à Rome*, 1890, p. 95.

(5) Plut., Cat., 20.

(6) Pline, H. n., XXXV, 17, place la loi Mætilia *de fullonibus* sous la censure de C. Flaminius et L. Æmilius, en 534. Mais comme M. Metilius fut tribun de la plèbe en 537, il est probable qu'il fit sanctionner par un plébiscite l'édit des censeurs de 534. Cf. Willems, *Le sénat*, I, 343.

(7) La loi Oppia, votée en 539, fut abrogée vingt ans après. Liv., XXXIV, 1; Tac., Ann., III, 33.

(8) La loi Orchia est de 573, la loi Fannia de 593. Macrob., Sat., II, 13; Gell., II, 24.

(9) Nous avons vu (*suprà*, p. 133) que des dispositions analogues existaient en Grèce; elles étaient inspirées par un triple intérêt de décence, d'hygiène et d'économie. Voy. *Recueil des Inscriptions juridiques grecques*, de Dareste, p. 10 à 21

déifiés après leur mort (1). En 541, le préteur dut interdire l'usage de rites nouveaux ou étrangers pour les sacrifices (2).

Les diverses causes que nous venons d'indiquer n'auraient peut-être pas modifié profondément l'esprit du peuple romain, si la force de résistance qu'il présentait n'avait été singulièrement affaiblie.

La population de Rome avait été presque entièrement renouvelée. Les descendants des anciennes familles avaient péri en grand nombre dans les guerres que Rome avait soutenues pendant tant d'années. D'autres, attirés par l'appât du gain, avaient été fonder à l'étranger des maisons de commerce (3), ou avaient émigré dans les colonies (4). Parmi ceux qui restaient, les uns défendirent énergiquement les vieilles coutumes nationales, les autres jugèrent que, pour remplir sa mission, qui était de marcher à la conquête du monde, Rome ne devait pas se montrer trop exclusive, qu'elle devait se prêter à des changements qui faciliteraient la romanisation des cités conquises. Ces deux courants opposés sont représentés au sixième siècle, l'un par Q. Fabius, le consul de l'an 521, et par Caton, l'autre par les Scipion. C'est le dernier qui l'emporta (5).

Pour répondre aux besoins nouveaux de la vie sociale, le droit a dû se transformer. C'est la notion de la propriété qui, la première, paraît avoir été élargie L'accroissement de la fortune publique et privée a conduit les Romains à estimer tous les biens d'après leur valeur pécuniaire et, par suite, à accorder à la richesse individuelle la protection jusqu'alors réservée aux biens patrimoniaux.

Il y avait là une idée féconde, d'une portée générale, susceptible d'être accueillie par des peuples dont l'état social n'était pas entièrement identique avec celui des Romains. La propriété était rendue indépendante de son affectation aux besoins de la famille ; elle s'appréciait exclusivement d'après sa valeur économique. C'est la conception même du droit moderne.

La transformation de la notion de propriété a été le point de départ d'un mouvement qui s'est continué sans interruption pendant plusieurs siècles, et qui a changé la physionomie de la plupart des institutions juridiques. Pendant la période qui nous occupe, nous pourrons l'observer principalement pour l'hérédité légitime et testamentaire.

(1) Cic., De nat. deor., I, 42. Cf. Boissier, *La religion romaine,* 1878, I, 42.
(2) Liv., XXV, 1 ; XXXIX, 13.
(3) Homolle, *Bulletin de correspondance hellénique,* 1884, p. 75.
(4) Liv., XLIII, 3.
(5) Cf. *Rheinisches Museum,* 1884, t. XXXIX, p. 623.

CHAPITRE III

Des modes de formation du droit.

Les changements si caractéristiques survenus dans l'état social ont déterminé un mouvement assez important dans la législation. Des règles nouvelles ont été établies, les unes par des lois-plébiscites, les autres par la coutume. Il ne s'agit plus ici des coutumes des ancêtres, qui commençaient à être battues en brèche, du moins celles qui n'avaient pas été consacrées par les Douze Tables : c'étaient des règles mieux en harmonie avec les besoins de la société et qui s'étaient introduites sous l'influence des réponses des prudents, des édits des magistrats, des usages des honnêtes gens.

I

LOIS. — PLÉBISCITES.

Jusqu'au milieu du cinquième siècle, la loi fut l'œuvre des comices centuriates. Mais les classes riches, qui avaient la prépondérance dans ces assemblées, n'étaient pas soucieuses de changement : la loi des Douze Tables et l'interprétation des pontifes leur paraissaient suffire à tous les besoins.

Dans la seconde moitié du cinquième siècle et au cours du sixième, le peuple continua à user avec discrétion du pouvoir législatif dans les matières qui touchaient au droit privé. On rencontre cependant plusieurs lois assez importantes, mais ce sont plutôt des plébiscites que des lois centuriates. Organes des intérêts populaires, les tribuns de la plèbe ont eu l'initiative de la plupart des innovations. Elles ont trait aux rapports des débiteurs avec leurs créanciers (lois Apuleia, Furia, Publilia, Crepereia, Vallia), des clients avec leurs patrons (loi Cincia). D'autres tendent à assurer la répression de certains torts causés à la propriété (lois Aquilia, Fabia), ou à protéger les impubères (loi Atilia), les mineurs (loi Plætoria) et les absents (loi Hostilia).

§ 1er. — *Loi Hortensia.*

Les décisions prises par les conciles de la plèbe n'avaient pas, en principe, force de loi générale. Cependant il semble que,

d'assez bonne heure, on leur a exceptionnellement attribué cette valeur, lorsque, avant d'en saisir la plèbe, les tribuns les avaient fait approuver par le sénat (1). Tel fut sans doute le cas du plébiscite de Terentilius, qui motiva la rédaction des Douze Tables, et de celui de Canuleius, qui accorda aux plébéiens le *conubium* avec les patriciens. D'après le récit des historiens, la loi Valeria Horatia, en 305, et la loi Publilia, en 415, auraient donné force de loi aux résolutions votées par la plèbe dans les conciles tributes (2). Il est difficile d'accueillir cette assertion, qui est en contradiction avec ce que nous savons sur la situation de la plèbe au quatrième siècle. Il est probable que ces lois contenaient quelque restriction qui ne nous est pas connue, ou plutôt qu'elles s'appliquaient aux décisions prises par les plébéiens concurremment avec les patriciens dans les comices par tribus.

La transaction qui paraît avoir prévalu, et qui subordonnait l'efficacité du plébiscite à l'approbation du sénat, donnait à la plèbe une satisfaction suffisante sans compromettre les intérêts légitimes du patriciat. L'équilibre fut rompu à la suite des troubles qui amenèrent la 3e sécession, entre 465 et 468. La plèbe s'était retirée sur le Janicule : pour rétablir l'ordre dans la cité, le dictateur Q. Hortensius proposa aux comices centuriates de reconnaître aux plébiscites force de loi (3). Dès lors le mot *lex* fut employé pour désigner les plébiscites (4). Cette dénomination était d'autant mieux justifiée que les patriciens vinrent avec les plébéiens voter dans les conciles tributes, de même que les plébéiens venaient aux comices par tribus. La décision prise dans l'une ou l'autre de ces assemblées exprimait la volonté du peuple tout entier.

§ 2. — *Réforme des comices centuriates.*

Bien que les lois relatives au droit privé n'aient pas été, selon toute vraisemblance, l'œuvre des comices centuriates pendant la période que nous étudions, nous ne pouvons nous dispenser d'indiquer, au moins sommairement, le changement opéré dans l'organisation de ces comices.

Dans la première moitié du sixième siècle, on combina la

(1) Labbé, I, 769; Mommsen, III, 157, n. 3 (177, n. 1); Bouché-Leclercq, *Manuel*, 103; Karlowa, *Röm. R. G.*, 410. En sens contraire, Accarias, I, 37.
(2) Liv., III, 55; VIII, 12.
(3) Plin., H. n., XVI, 10, 37; Lælius Felix, ap. Gell., XV, 27; Gaius, I, 3; Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 8.
(4) Voy. *lex repetundarum*, lin. 74 (Bruns, 69; Girard, 40) ; *lex Bantina*, lin. 7 (Bruns, 82; Girard, 27).

division en tribus avec la division en classes, de sorte que la tribu devint la base de la division en centuries. La centurie fut, suivant l'expression de Cicéron (1), une portion de la tribu.

Quelle fut la cause de cette modification, et quelle en fut au juste l'étendue? C'est un point sur lequel les historiens ne sont pas parvenus à se mettre d'accord. Dans l'opinion généralement admise (2), la réforme eut lieu dans un sens démocratique. Chacune des 35 tribus fut divisée en 2 demi-tribus, l'une de *seniores*, l'autre de *juniores*. Chaque demi-tribu fut à son tour subdivisée en 5 centuries représentant les 5 classes du peuple romain. Il y eut donc dans chaque tribu 10 centuries, 2 par classes, soit 350 centuries.

A ce chiffre, il faut joindre 18 centuries de chevaliers, 4 de musiciens et d'ouvriers, 1 de prolétaires. En tout 373 centuries, dont 88 pour la 1re classe; précédemment elle en avait 98 sur 193. La majorité était déplacée.

Désormais, pour obtenir la majorité absolue, c'est-à-dire 187 sur 373, il fallait faire voter la 2e et la 3e classe. Souvent même toutes les classes étaient appelées à voter, quand il y avait désaccord entre les membres des trois premières. Le fait devait se présenter d'autant plus fréquemment qu'entre un si grand nombre de personnes l'entente était moins facile.

La prépondérance attachée à la fortune fut encore atténuée d'une autre manière. Tandis qu'autrefois les six centuries de patriciens avaient le droit de voter en premier lieu, droit auquel les Romains attachaient une grande importance, il n'y eut désormais qu'une seule centurie qui fût prérogative, et cette centurie était choisie par voie de tirage au sort parmi les centuries de la première classe (3).

§ 3. — *Attributions du sénat en matière législative.*

I. — L'usage faisait un devoir aux magistrats de ne soumettre au peuple aucune proposition sans l'avis du sénat. On ignore

(1) Cic., Pr. Plancio, 20, 49.

(2) Boissier, Revue des Deux Mondes, 1er mars 1881, p. 36-67. Cf. Labbé, *La réforme des comices centuriates* (Append. au tome 1er d'Ortolan, p. 791); Guiraud, Revue historique, 1881, XVII, 1; Bloch, Revue historique, 1886, XXXII, 1 et 241; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 113.

(3) Mommsen, III, 270 (306), pense que cette réforme eut lieu entre 513 et 536, vraisemblablement en 534, lors de la censure de C. Flaminius (arg. Sall., Hist., I, 9). La réforme n'est pas antérieure à 513, puisqu'elle suivit, d'après Tite-Live, la création de la trente-cinquième tribu, qui eut lieu en cette année. Accarias, I, 35, la fait remonter au quatrième siècle, sans tenir compte de cette indication.

comment cet usage s'est introduit. Ce qui paraît certain, c'est qu'il n'a jamais été consacré par la loi; plusieurs fois les magistrats ont essayé de s'y soustraire (1). Mais en fait, sinon en droit, le gouvernement de l'État appartenait au sénat. Le sénat formait le conseil suprême du peuple romain.

Etaient soumis au sénat les projets de lois centuriates ou tributes. Les projets de lois curiates exigées pour l'adrogation ou pour le testament étaient soumis an collège des pontifes. Quant aux plébiscites, les tribuns de la plèbe, n'étant pas magistrats, n'étaient pas tenus de consulter le sénat; mais nous avons vu que l'approbation du sénat était nécessaire pour leur donner force obligatoire. Même après la loi Hortensia, si, en droit, il n'était pas indispensable de soumettre au sénat les projets de plébiscites, on voyait avec défaveur les magistrats qui s'adressaient directement au peuple (2).

Ce n'est pas seulement pour les projets de loi que le sénat était consulté par les magistrats : il y a plusieurs exemples de décrets du préteur rendus à l'instigation du sénat. Le sénat a l'initiative et invite le préteur à prendre des mesures de police dans l'intérêt public (3).

Dans le principe, l'avis du sénat n'était pas obligatoire pour le magistrat (4). Il en fut autrement à partir d'une époque qu'on ne peut pas déterminer avec précision, mais qui doit être vraisemblablement la fin du sixième siècle (5). Les décisions du sénat portent dès lors le nom de sénatus-consultes. Cependant lorsqu'elles sont entachées de nullité ou frappées d'intercession, on leur donne le nom d'*auctoritas*. Le mot *auctoritas* n'a plus le sens

(1) Denys, XVII, 4, en 463; Liv., XXI, 63, en 536; XLII, 8, en 581.

(2) Liv., XLV, 21, en 587.

(3) Il y en a dans Tite-Live, XXV, 1, un exemple instructif. En 541, alors que les superstitions étrangères commençaient à envahir la ville, les bons citoyens portent plainte au sénat. Le sénat blâme les édiles de tolérer sur les places publiques des attroupements formés autour de charlatans qui sacrifient à des dieux inconnus. Les édiles sont impuissants à les disperser. Le sénat donne alors mission au Préteur urbain de délivrer la ville de ces vaines superstitions. M. Atilius lit au sénat un projet de résolution que Tite-Live qualifie sénatus-consulte et rend un édit pour interdire de sacrifier sur les places publiques suivant des rites étrangers. — Une inscription trouvée à Rome en 1875 contient un décret du Préteur qui, sur l'avis conforme du sénat, interdit tout dépôt d'immondices dans un quartier situé hors des murs de la ville. *C. I. L.*, VI, 3823; Bruns, 171; Girard, 112.

(4) S'il était adopté, la décision prenait le nom de *decretum consulis,* ou *prætoris, de senatus sententia,* pour marquer la collaboration du sénat et du magistrat, et conservait sa valeur pendant la magistrature de celui qui l'avait prise. Cf. Mommsen, III, 995 (187[3]).

(5) La terminologie fut changée : il n'est plus question que de *senatus sententia* ou de sénatus-consulte. Dans le sénatus-consulte sur les Bacchanales, de 568, on trouve ces deux dénominations; dans la loi *De Termessibus,* de 683, il n'est plus fait allusion au décret du magistrat. (Bruns, 151 et 91; Girard, 111 et 59.)

technique qu'il avait autrefois et qu'il a conservé en droit privé : il désigne un avis qui a simplement une valeur morale (1).

II. — On a prétendu que le sénat jouissait d'une attribution plus importante en matière législative : son *auctoritas* aurait été nécessaire pour donner force obligatoire à la loi. Les textes disent, il est vrai, que l'efficacité de la loi est subordonnée à la *patrum auctoritas*. Mais les *patres* sont-ils les sénateurs ou les patriciens? Chacune de ces opinions a ses partisans : nous inclinons à croire qu'il s'agit des patriciens. On sait, en effet, que la loi Publilia décida, en 415, que la *patrum auctoritas* serait à l'avenir donnée d'avance, alors qu'on ignorait si la loi serait votée : c'était un amoindrissement des *patres*, qui, désormais, n'étaient plus consultés que pour la forme. Il est difficile de croire qu'on ait porté atteinte à l'autorité du sénat, alors que l'histoire nous montre que son influence n'a pas cessé d'être prépondérante dans le gouvernement de l'État. Les textes prouvent d'ailleurs que la *patrum auctoritas* est distincte du sénatus-consulte (2).

Qu'était-ce que l'*auctoritas?* On présente ordinairement l'*auctoritas* comme un complément de validité d'un acte; ce n'est pas là le sens originaire de ce mot. L'*auctor* est celui qui prend fait et cause pour une personne attaquée : c'est ainsi que le mancipant vient au secours de l'acquéreur menacé d'éviction, et que le tuteur prend la défense du pupille.

Pareillement les *patres* promettaient d'intervenir pour faire observer la loi. De nos jours, le respect de la loi est assuré par la force publique ; à Rome, à l'époque antique, c'étaient les citoyens

(1) C'est en ce sens que Cicéron parle de l'*auctoritas* des jurisconsultes (Pr. Rosc. com., 8). Parfois cependant le mot *auctoritas* désigne un sénatus-consulte, par exemple celui des Bacchanales. (Cic., De leg., II, 15.)

(2) Liv., VI, 42 : « Factum senatusconsultum ut duo viros ædiles ex patribus dictator populum rogaret : Patres auctores omnibus ejus anni comitiis fierent. » Une question plus délicate est celle de savoir si l'*auctoritas* émane de tous les patriciens ou seulement des sénateurs patriciens, si elle résulte d'un vote des comices curiates ou d'une décision d'une assemblée particulière composée soit des seuls sénateurs patriciens, soit de tous les chefs de familles ou de *gentes* patriciennes, à l'exclusion des clients et des plébéiens. L'opinion la plus générale est que l'*auctoritas patrum* émane des comices curiates : c'est le seul mode d'assemblée patricienne que les historiens nous fassent connaître. Mais, dans cette assemblée, il n'y a pas que des patriciens : il y a aussi des clients, il y a même des plébéiens. Comment présenter l'*auctoritas* comme émanant des *patres*, si les clients, peut-être même les plébéiens, prennent part au vote? On écarte les plébéiens en disant qu'ils n'ont été admis que très tard aux comices curiates, et les clients en disant que dans les curies on votait par *gens*, et, par suite, que, le vote des clients se confondant avec celui de leur patron, l'influence des patriciens était prépondérante. Ceux qui n'admettent pas le vote par *gens* disent qu'en raison de l'état de dépendance dans lequel le client se trouvait vis-à-vis du patron, le vote émanait en réalité des patriciens. Cf. les auteurs cités p. 144, et Pantaleoni, Arch. giur., XXIX, 294; Bouché-Leclercq, *Manuel*, 16 et 18; Mispoulet, *Les institutions politiques*, I, 197.

eux-mêmes, et particulièrement ceux à qui leur qualité de chefs de famille donnait le pouvoir de commander aux autres, qui se portaient garants de l'observation de la loi. Le vote constatait la volonté du peuple; l'*auctoritas patrum* donnait à l'expression de cette volonté l'efficacité qui lui était nécessaire pour être respectée. Elle consistait sans doute en un engagement spécial pris par les *patres*. Celui d'entre eux qui violait cet engagement était puni, non pas en vertu d'un droit supérieur de l'État, mais en vertu d'un acte de sa propre volonté. L'intérêt public qui se trouvait lésé était l'intérêt même de tous les *patres* : de là pour chacun d'eux le droit d'exercer contre le coupable la vindicte publique (1).

Le caractère de l'*auctoritas* se modifia lorsque, après l'admission de la plèbe dans la cité et les réformes de Servius, les comices centuriates furent établis à côté des comices curiates. Les *patres* ne se bornèrent pas, comme par le passé, à prendre l'engagement de veiller à l'observation de la loi votée dans les comices : ils élevèrent la prétention de contrôler la décision prise par une assemblée où ils n'avaient pas la prépondérance. L'*auctoritas* se transforma en une approbation de la loi votée par les centuries; elle ne pouvait conserver son caractère primitif depuis que les patriciens avaient cessé d'être seuls membres de la cité : il fallait ou renoncer à l'*auctoritas,* ou la demander à tous les citoyens.

La force de la tradition fit conserver pendant un certain temps cette formalité, mais la logique devait conduire un jour ou l'autre à reconnaître que la loi puisait sa force dans le vote exprimé par la nation armée. La loi Publilia, sans oser supprimer l'usage qui obligeait les magistrats à demander aux patriciens de se porter *auctores,* retira à ceux-ci la faculté qu'ils s'étaient attribuée de contrôler le vote du peuple. C'en était fait dès lors de ce privilège du patriciat. Mais si l'on n'exigea pas de l'ensemble des citoyens un engagement spécial d'observer la loi, on n'en continua pas moins à considérer la loi comme une promesse contractée par chaque citoyen en faveur de la chose publique (*communis rei publicæ sponsio*).

§ 4. — *Sanction des lois prohibitives.*

En général, celui qui contrevient à la défense édictée par le législateur est traité comme un délinquant. Ainsi les Douze Tables défendent de prêter à intérêt au delà d'un certain taux; si ce taux est dépassé, l'usurier encourt la peine du quadruple,

(1) Cf. Ihering, I, 213, 218.

mais l'acte conclu dans la forme du *nexum* n'en conserve pas moins toute sa valeur. Les Romains qualifient *minus quam perfecta* la loi prohibitive qui a pour sanction une amende contre le contrevenant (1).

Il y avait des lois prohibitives qui ne contenaient aucune sanction de ce genre et qui n'entraînaient pas davantage la nullité de l'acte. Nous en trouverons un exemple en étudiant la loi Cincia. Comment expliquer que l'inobservation d'une loi prohibitive soit dépourvue de sanction? Cela vient sans doute de ce que les Romains se sont montrés très réservés toutes les fois qu'il s'est agi de porter atteinte à un droit consacré par les Douze Tables (2). Nous n'avons le texte d'aucune loi de ce genre : il est possible que, prohibitives dans le fond, ces lois ne le fussent pas dans la forme ; elles se contentaient peut-être d'inviter le magistrat à refuser son concours, dans le cas où il serait nécessaire pour parachever l'acte conclu au mépris de la loi (3).

Il en était de même en droit public : certaines lois prohibitives, par exemple celles qui défendaient d'élire un magistrat *sine provocatione,* étaient conçues dans la forme d'une instruction adressée au magistrat qui présidait les comices. L'inobservation de cette instruction n'entraînait pas la nullité de l'élection, mais le président des comices était passible d'une peine (4). De même certains actes de la vie publique ne pouvaient être faits que si les auspices étaient favorables. Si les augures font une déclaration en ce sens, alors même qu'ils auraient commis une faute dans l'observation des signes, l'acte n'en est pas moins inattaquable, mais l'augure devra offrir aux dieux une victime expiatoire, et, s'il y a eu dol de sa part, il pourra être frappé d'un blâme du censeur (5). De même il était défendu au préteur de présider à la *legis actio* un jour néfaste ; s'il ne faisait pas observer cette règle, l'action de la loi n'en était pas moins valable (6).

La loi prohibitive s'adresse aux citoyens romains. Si un acte contraire à une loi de ce genre a été conclu par un pérégrin jouissant du *commercium,* cet acte est valable. Il y a là un résultat

(1) Ulp., Reg., 2.
(2) Voy. *supra*, p. 141.
(3) L'existence de *leges imperfectæ* et de *leges minus quam perfectæ* donne à penser qu'il y avait aussi des *leges perfectæ.* Mais le texte d'Ulpien, qui signale ces diverses sortes de lois, est ici mutilé. On admet, en général, que la *lex perfecta* a pour sanction la nullité de l'acte fait en contravention. Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 428. Voy. cep. Voigt, *J. N.*, III, 533. La distinction de ces trois sortes de lois ne s'applique d'ailleurs qu'aux dispositions qui supposent l'existence d'un acte juridique.
(4) Varr., L. l., VI, 30 : Magistratus vitio creatus, nihilo secius magistratus.
(5) Varr., loc. cit.; Cic., De divin., I, 16.
(6) Ihering, IV, 221, 225.

singulier dont Tite-Live rapporte un curieux exemple. Pour éluder les lois qui limitaient le taux de l'intérêt, les usuriers romains passaient leurs créances à des citoyens des villes alliées (1). Pour déjouer cette fraude, une loi Sempronia, rendue en 561, autorisa les débiteurs, citoyens romains, à invoquer, à l'encontre des habitants des cités alliées et du *nomen latinum,* les lois romaines sur le taux de l'intérêt.

Lorsque la loi n'édictait aucune peine contre celui qui ne craignait pas d'enfreindre la prohibition, elle pouvait encore avoir une sanction dans le cas où l'acte, pour être parachevé ou pour produire tous ses effets, exigeait l'intervention du magistrat. Le magistrat refusait son concours, ou fournissait à celui contre qui l'on poursuivait l'exécution de l'acte le moyen de s'y soustraire (2). Il en était ainsi, notamment, lorsque l'acte était de nature à produire des effets rentrant dans la sphère du droit public, par exemple, un affranchissement : le magistrat pouvait refuser de considérer comme un homme libre l'esclave affranchi contrairement à la loi (3). Lorsque l'acte fait en fraude de la loi n'avait pas lui-même le caractère d'une loi, le magistrat avait plus de latitude ; il semble que le préteur se montrait ici plus sévère que pour l'acte qui violait ouvertement la loi (4).

(1) Liv., XXXV, 7 : In socios qui non tenerentur legibus, nomina transcriberent.

(2) Tel fut le but de l'exception de la loi Cincia. Pour la loi Cornelia, le juge ne pouvait condamner le fidéjusseur à une somme supérieure au taux légal sans faire le procès sien. Cf. Lenel, *E. P.*, 170.

(3) Voilà pourquoi Gaius, I, 31, dit que la loi Ælia Sentia *impedit libertatem* lorsque l'esclave a été affranchi en fraude des droits des créanciers. Le maître, qui dans ce cas affranchit son esclave, fait un acte qui est considéré comme non avenu : *nihil agit*. La situation du magistrat était plus difficile lorsqu'un affranchissement contraire à la loi était contenu non plus dans un acte entre vifs, mais dans un testament. Le testament a le caractère d'une loi, et il est de principe qu'un magistrat ne peut se refuser à exécuter une loi sans engager sa responsabilité. Pour vaincre ses scrupules, une loi du commencement de l'empire, la loi Fufia Caninia, rescinda les affranchissements testamentaires faits en fraude de la loi : elle ne semble pas s'être occupée des affranchissements faits contrairement à la loi. N'est-ce pas étrange? Voici comment on peut l'expliquer : si l'acte était en opposition directe avec la loi publique, le magistrat ne devait pas hésiter à n'en pas tenir compte; mais lorsque la prohibition de la loi, respectée quant à la lettre, était éludée dans son esprit, lorsqu'il y avait fraude à la loi, on pouvait craindre que l'acte ne fût maintenu. De là l'utilité de consacrer législativement le principe de la rescision. Mais la question de savoir quand un acte était fait en fraude de la loi devait être parfois délicate : les magistrats prenaient-ils sur eux de la trancher? Ils en référaient sans doute au sénat. On procédait ici comme dans le cas où une loi votée par le peuple était entachée d'un vice. Le magistrat qui refusait de l'exécuter engageait sa responsabilité; pour pouvoir plus tard se justifier, il consultait le sénat, qui, s'il y avait lieu, décidait que le peuple ne lui paraissait pas tenu d'observer cette loi. Willems, II, 112. C'est ainsi qu'on explique comment plusieurs sénatus-consultes furent rendus pour rescinder les affranchissements faits en fraude de la loi Fufia. Gaius, I, 46. Cf. Cic., Pr. dom., 27 : Senatus cujus est gravissimum judicium de jure legum.

(4) Paul, dans son ouvrage sur la loi Cincia (D., I, 3, 29), distingue les actes qui

II

L'INTERPRÉTATION DES PRUDENTS.

La participation des prudents à la formation de l'ancien droit est attestée par Cicéron et par Pomponius. Cicéron cite l'*auctoritas* des juristes à côté des lois, des édits des magistrats, de la coutume. Pomponius dit qu'on appelle *jus civile* cette partie du droit qui est l'œuvre des prudents. Est-ce à dire que les prudents aient joui d'un pouvoir aussi étendu que celui du législateur? Telle n'est pas la pensée des Romains. Pomponius présente les prudents comme travaillant au développement du droit (*juris processus*) (1). Ils y ont travaillé de plusieurs manières : 1° en créant des formes d'actes juridiques ou d'actions accommodées aux termes de la loi des Douze Tables et des lois postérieures, et en déterminant les conditions requises pour les faire valoir; 2° en dégageant des dispositions résultant des lois ou de l'interprétation des pontifes des règles de droit; 3° en composant des ouvrages de jurisprudence.

§ 1er. — *La pratique judiciaire.*

I. — L'interprétation des prudents, comme celle des pontifes, s'est manifestée sous trois formes, que Cicéron caractérise par les mots *respondere, cavere, agere* (2).

Respondere désigne les décisions d'espèces données par les prudents sous forme de réponses aux consultations qui leur étaient adressées. *Cavere* consiste à rédiger la formule de l'acte juridique qu'un citoyen veut conclure. *Agere*, c'est tracer les solennités à accomplir pour faire valoir un droit en justice (3).

vont directement à l'encontre de la prohibition (*contra legem*) et ceux qui, sans être contraires à la lettre de la loi, servent à en tourner la disposition. Tandis qu'une donation faite contrairement à la loi est inattaquable une fois qu'elle a été parfaite, Paul autorise le donateur à exercer une *condictio* lorsque, pour s'assurer le bénéfice d'une donation faite par simple promesse, le donataire a délégué le donateur à son créancier (71 ad Ed., D., XLIV, 4, 5, 5). Un siècle auparavant, Celsus (28 Dig., D., XXXIX, 5, 21, 1) donnait la même décision en spécifiant que la *condictio* ne serait admise que pour ce qui excédait le taux fixé par la loi.

(1) Cic., Top., 5; Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 5; 2, 12. Cf. Christiansen, *Die Wissenschaft der röm. Rechtsgeschichte*, 1838, p. 291.

(2) Cic., De or., I, 48 : Sin autem quæreretur quisnam jurisconsultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus quo privati in civitate uterentur, et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum, peritus esset.

(3) Cf. Ihering, III, 102; Kuntze, II, 229; Jörs, *Röm. Rechtsw.*, 91.

Ces trois variétés d'interprétation ont ceci de commun qu'elles ne se manifestent pas sous une forme générale et réglementaire : les prudents ne traitent jamais que des cas particuliers ; ce sont des casuistes. Elles diffèrent en ce que l'interprétation a lieu tantôt directement, tantôt indirectement. Les prudents interprètent directement la loi lorsqu'ils répondent à une consultation sur l'application de la loi. Au contraire, lorsqu'ils se bornent à rédiger la formule d'un acte juridique ou à préparer une action en justice, leur intervention n'a plus pour objet direct l'interprétation de la loi. Et cependant, comme elle tend souvent à procurer la garantie de l'État à des actes que la loi n'a pas eus en vue, on peut dire qu'il y a encore ici une manière indirecte d'interpréter la loi. Quelques explications sont nécessaires pour comprendre en quoi la rédaction des actes juridiques et des formes d'actions a pu servir au développement du droit.

1° La rigueur avec laquelle on tenait la main à l'accomplissement des solennités requises pour la formation des actes juridiques, rendait indispensable l'intervention d'un juriste. Pour éviter les chicanes d'un adversaire sans scrupule, l'acte devait être rédigé avec une extrême prudence : cela s'appelait *cavere* (1). Un mot impropre, l'omission ou le déplacement d'une formalité pouvaient empêcher l'acte de produire les effets qu'on en attendait (2).

L'acte était ordinairement dressé par écrit ; le juriste indiquait à son client ce qu'il avait à dire et à faire. L'écrit dressé à cet effet servait en même temps de moyen de preuve : on l'appelait *cautio* (3).

Pour simplifier leur tâche et pour dispenser les intéressés de solliciter continuellement l'intervention personnelle d'un juriste, les prudents composèrent, comme l'avaient fait les pontifes, des formulaires. On y trouvait des modèles d'actes appropriés aux besoins les plus ordinaires de la pratique. On n'avait qu'à choisir dans le recueil la formule qui convenait le mieux à l'affaire qu'on avait à conclure (4).

(1) Plaut., Epid., II, 2, 107 : Hic poterit cavere recte, jura qui et leges tenet. Cic., Pr. Mur., 13 : Ea *prudentia* quæ neque extra Romam usquam neque Romæ, rebus prolatis, quidquam valet.

(2) Cic., Pr. Mur., 22, dit de Servius : « Tu caves ne tui consultores capiantur », et d'Aquilius Gallus (Pr. Cæc., 28) : « Cujus *prudentiam* populus Romanus in cavendo non in decipiendo perspexerit. »

(3) Cic., Pr. dom., 50 : Cautiones pecuniarum ; Ad fam., VII, 18 : Præscriptionum cautionumque præceptio. Cf. la *cautio rei uxoriæ* de Servius, dans Gell., IV, 3.

(4) Cic., De leg., I, 14 ; Top., 33, atteste que ces formulaires étaient très nombreux et très détaillés. Nous en avons cité plusieurs, *supra*, p. 150, n. 4. Voy., sur la distinction des formules et des formulaires, Ihering, III, 250.

2° Le concours des prudents n'était pas moins nécessaire pour faire valoir un droit en justice. Il n'était pas toujours facile de faire l'application des formules d'actions contenues dans le recueil de Flavius; on était encore plus embarrassé pour invoquer les lois nouvelles, alors que la formule d'action ne figurait pas dans ce recueil. Enfin, il était bon d'avoir auprès de soi un guide éclairé pour l'accomplissement de tous les détails de la solennité. C'est lui qui était chargé d'*actionem instituere*. Cicéron compare le rôle du juriste à celui d'un général qui range son armée en bataille pour marcher à l'ennemi (1).

II. — On voit qu'il ne faut pas confondre l'interprétation, telle qu'on la trouve à Rome dans la période qui nous occupe, avec l'interprétation telle qu'on l'entend de nos jours. Aujourd'hui, l'interprétation a pour but de rechercher la véritable pensée du législateur lorsqu'il l'a formulée d'une manière vague ou incomplète, ou bien lorsque le texte de la loi présente un sens déterminé, mais qui n'exprime pas exactement la pensée du législateur. En un mot, dans les cas douteux du droit civil, l'interprète moderne fait prévaloir l'esprit sur la lettre de la loi. C'est le contraire qui avait lieu à Rome; mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette assertion, et croire qu'en s'attachant à la lettre de la loi les prudents aient fait une œuvre stérile.

L'interprétation littérale a été entre leurs mains un puissant instrument de progrès et de développement du droit (2). Pourvu que la lettre de la loi fût respectée, les Romains admirent qu'on pouvait l'appliquer, même à des actes auxquels le législateur n'avait pas songé. Il y avait là un moyen très commode d'étendre ou de restreindre l'application de la loi suivant les besoins que l'on avait à satisfaire. Lorsqu'on voulait introduire une nouvelle forme d'acte, pour peu qu'il fût possible de la rattacher aux termes d'une loi, cela suffisait pour lui assurer la même valeur que si elle eût été consacrée par la loi.

Lorsque les conditions nouvelles de la vie sociale exigèrent la création d'actes nouveaux, les prudents cherchèrent le moyen de leur assurer la protection de la loi. Suivant la méthode des pontifes, ils firent servir à des actes nouveaux des formes établies pour des actes consacrés par les Douze Tables. C'est ainsi que la mancipation servit à éteindre la puissance paternelle, ou la *manus* en vue de réaliser une adoption ou une *coemtio*. Ce fut une nouvelle

(1) Cic., Pr. Mur., 22 : Tu actionem instituis, ille aciem instruit, tu caves ne tui consultores, ille ne urbes aut castra capiantur.

(2) Pomp., eod., 13 : Non potest constare jus, nisi sit aliquis jurisperitus, per quem possit cottidie in melius produci.

série d'actes dénaturés qui empruntèrent les formes des actes réels.

Les prudents développèrent également l'usage des procès fictifs : ils en firent l'application à la cession de la tutelle, à la constitution d'une servitude, au transfert de la propriété.

Cette manière de faire s'écarte beaucoup de nos usages modernes. Lorsque la loi est insuffisante, pourquoi ne pas demander au législateur d'en combler les lacunes, au lieu de recourir à un procédé compliqué, qui tend à tourner la loi en ayant l'air de l'appliquer avec rigueur?

Si les Romains ont laissé aux juristes le soin de compléter la loi, c'est qu'ils ne considèrent pas le législateur comme ayant mission de présenter les lois sous une forme propre à répondre aux besoins de la pratique. Cette mission n'aurait pu être utilement remplie par une assemblée composée de la masse des citoyens. On ne demandait au peuple qu'une chose : voter sur le principe dont le magistrat ou l'interprète devront s'inspirer dans l'application de la loi.

Mais déjà au cours du sixième siècle, l'interprétation commence à entrer dans une voie nouvelle : il n'est plus créé d'actes dénaturés. Les actes nouveaux sont des actes sans forme. On cherche les moyens de leur donner une valeur juridique sans les rattacher aux dispositions des Douze Tables et sans les revêtir de solennités analogues à celles qu'on exige pour les actes consacrés par la loi.

§ 2. — *Les règles de droit.*

I. — Il ne s'agit pas ici de préceptes législatifs consacrés par le droit promulgué ou par la coutume, et auxquels tout citoyen est tenu de se conformer. Les règles de droit dont il va être question sont des formules brèves et précises qui expriment l'idée commune à un ensemble de dispositions législatives ou de décisions admises dans la pratique judiciaire (1). C'est le résultat du premier effort de la pensée juridique pour s'élever au-dessus du droit positif.

L'invention des règles de droit suppose une faculté d'observation, une aptitude à l'abstraction qui ne se rencontre d'ordinaire qu'à une époque où la culture du droit a reçu un certain développement. Ces qualités n'ont sans doute pas fait défaut aux

(1) Paul, 16 ad Plaut., D., L, 17, 1 : Regula est quæ rem, quæ est, breviter enarrat... Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causæ conjectio...

juristes pontificaux, mais elles n'ont pu guère être appréciées à leur juste valeur ni profiter réellement à la science qu'après la sécularisation de la jurisprudence.

Les règles établies par les pontifes n'étaient pas nécessairement le produit d'une opération de logique juridique : elles étaient souvent dictées par la considération des intérêts dont ils avaient la garde. Elles visaient un but pratique ; elles étaient rédigées en vue d'être appliquées, et se présentaient avec l'autorité qui appartenait aux décisions d'un collège qui passait pour l'interprète de la volonté des dieux.

Les règles formulées par les prudents, aux derniers siècles de la République, ont un caractère tout différent : elles sont en elles-mêmes purement théoriques. Elles n'ont, comme nous allons l'établir, qu'une autorité de raison, celle qui s'attache à l'opinion individuelle des jurisconsultes qui les ont proposées. Mais en revanche, comme elles ne sont pas inspirées par des préoccupations étrangères au but du droit, elles ont une valeur scientifique qui n'appartient pas toujours aux règles établies par les pontifes. Elles peuvent du reste recevoir, et elles ont souvent reçu une application pratique, lorsque la justesse en a été reconnue. Ce qui s'explique d'autant mieux que, plus d'une fois, les prudents n'ont fait que rectifier une règle déjà introduite par les pontifes (1).

II. — Les Romains ne semblent pas avoir jamais eu la pensée de donner force de loi à l'interprétation isolée d'un juriste. Même sous l'Empire, lorsque Hadrien régularisa le *jus publice respondendi,* il déclara que l'opinion des jurisconsultes qui jouissaient de cette prérogative ne serait obligatoire pour le juge que s'ils étaient pleinement d'accord entre eux (2). Il en était vraisemblablement de même dans l'ancien droit, et cet accord fut facile à obtenir tant que l'interprétation de la loi appartint exclusivement au collège des pontifes. La discipline observée entre les membres du collège favorisait l'établissement et le maintien des traditions. Mais lorsque les pontifes eurent perdu leur monopole, et que l'interprétation fut l'œuvre de juristes indépendants, comment arriver à faire disparaître la divergence des opinions? La communauté de vues était sans doute plus malaisée à réaliser et à maintenir ; ce que les juristes d'une époque avaient admis, ceux de la génération suivante pouvaient le rejeter. L'interprétation n'avait plus la fixité qui caractérise d'ordinaire les dispositions de la loi.

(1) Voy. Sanio, *Rechtshist. Abh.*, 137 ; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 480.
(2) Gaius, I, 7. Cf. Édouard Cuq, *Le conseil des empereurs, d'Auguste à Dioclétien,* p. 336. Voy. sur les doutes soulevés par le texte de Gaius, Krueger, *Gesch. d. Q.*, 113 ; Eisele, Z. Sav. St., 1890, p. 199.

Un texte de Paul contient une expression qui paraît s'appliquer à cette situation, c'est celle de *jus commenticium*. Le sens du mot *commenticium* se rapproche de celui de *fictum*. Varron identifie les deux mots (1). L'interprétation proposée par un jurisconsulte est donc un droit fictif aux yeux des Romains: ce n'est pas une réalité.

En quel sens peut-on parler d'un droit fictif? Paul s'en occupe à l'occasion d'une règle de droit, d'après laquelle les actions pénales ne se donnent pas contre les héritiers du délinquant. Les règles de droit font donc partie du *jus commenticium*. Or, Paul, dans le même ouvrage, auquel est emprunté notre texte, et dans le livre qui précède immédiatement, distingue nettement la règle de droit du *jus quod est* (2).

Le *jus quod est* est celui qui a une existence réelle: c'est ce que plusieurs textes appellent *jus constitutum*. Il résulte soit d'un vote du peuple (3), soit de la coutume (4), soit de l'*auctoritas prudentium*. Plus tard les sénatus-consultes furent également considérés comme une source de *jus constitutum*, ainsi que les constitutions impériales, comme leur nom l'indique (5). Nous ne connaissons pas de texte qui applique cette expression au droit résultant de l'Édit (6).

Comment peut-on donner le nom de *jus* à l'opinion d'un juriste? Il semble qu'en dehors du *jus constitutum* on ne puisse parler de droit. Un passage de Gaius fournit un rapprochement qui permet de répondre à cette objection : il distingue les formules qui ont une valeur propre et celles qui contiennent la fiction d'une action de la loi (7). Les juristes avaient souvent recours à des fictions pour étendre le domaine de la loi, par exemple, lorsqu'ils permettaient à un pérégrin d'exercer une

(1) Varr., L. l., VI, 44 : « Comminisci dictum a cum et mente, cum finguntur in mente quæ non sunt. » Cicéron les distingue lorsqu'il dit que la science du droit se compose de choses *fictæ commenticiæque*, lorsqu'il parle de *commenticii fictique dei* (De nat. deor., II, 28); mais la nuance est très légère, car ailleurs il prend les deux mots l'un pour l'autre (De or., I, 52, 53) : Novam quamdam finxit civitatem... ; in illa commenticia Platonis civitate. Cf. Sanio, *Rechtshistorische Abhandlungen und Studien*, 1845, I, 127.

(2) Paul, 16 ad Plaut., D., L, 17, 1 : Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat.

(3) Gaius, I, 3 : Lex est quod populus jubet atque constituit. Cf. Gaius, I, 1.

(4) Jul., 94 Dig., D., I, 3, 32, 1 : Jus moribus constitutum.

(5) Gaius, I, 4, 5.

(6) Pomp., 5 ad Q. Muc., D., L, 16, 120; Paul, De jure sing., D., I, 3, 16; Marcel., 5 Dig., D., XI, 7, 35 : Majores... omnes constituerunt; Jul., 55 Dig., D., I, 3, 20 : Quæ a majoribus constituta sunt. Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 3 : Quod veteres constituerunt. Cf. Quintil., Declam., 254; Gell., XII, 13.

(7) Gaius, IV, 33.

action de la loi, comme s'il était citoyen romain (1). Mais la valeur juridique de ces fictions dépendait de la *ratio* sur laquelle elles étaient appuyées. Les jurisconsultes ont toujours soin d'indiquer la raison sur laquelle se fonde l'innovation proposée : c'est tantôt une *ratio juris*, tantôt une *ratio æquitatis, utilitatis* (2).

Le *jus commenticium* n'a, en droit, que la valeur d'une raison. Suivant que cette raison sera bonne ou mauvaise, le *jus commenticium* sera observé ou mis de côté par les autres juristes (3). De là les expressions : *eo jure utimur, alio jure utimur*.

III. — Si l'on a pu dire que le droit romain était « la raison écrite », c'est que les jurisconsultes ont dû, dans bien des cas, suppléer par le raisonnement les lacunes de la loi. Ces raisonnements, contrôlés par plusieurs générations de jurisconsultes, et dont les conséquences pratiques ont pu être appréciées par une longue expérience, peuvent être, dans l'ensemble, considérés comme défiant la critique : ils représentent cet idéal de perfection que la raison humaine peut atteindre. Mais ils ne forment qu'une partie du droit romain, celle qui n'a pas reçu, à proprement parler, force de loi.

Le *jus commenticium*, qui n'a qu'une autorité de raison, date de l'époque où l'interprétation de la loi cessa d'être le privilège des pontifes. Tandis que les juristes étrangers au collège des pontifes prenaient soin de faire connaître les raisons sur lesquelles ils fondaient leur manière de voir, et les soumettaient aux libres discussions du forum (*necessaria disputatio fori*), les pontifes s'abstenaient d'indiquer au public les motifs qui déterminaient leurs réponses : ils parlaient comme des oracles. Aussi les jurisconsultes classiques font-ils plus d'une fois l'aveu qu'ils ne peuvent expliquer les motifs d'une décision des *majores* (4). Ils conseillent

(1) Gaius, IV, 37 : Si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi. Paul, 18 ad Plaut., D., XLVIII, 19, 20 : Cujus rei illa ratio videtur.

(2) Marc., 6 Inst., D., XXXV, 1, 33 pr.; Modest., 8 Resp., D., I, 3, 25; Jul., 86 Dig., D., IX, 2, 51, 2 : Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest. Pap., 27 Quæst., D., XVII, 1, 54 : Affectus ratio. Cf. Paul., 54 ad Ed., D., I, 3, 14 : Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. 16 eod. : Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

(3) Gaius, 11 ad leg. Jul. et Pap., D., XLIX, 14, 14 : Quod aperte nullam habet rationem. Pomp., 22 ad Q. Muc., D., XLV, 3, 39 : Non sine ratione est quod Caius noster dixit. Afric., 9 Quæst., D., XXXIX, 2, 44, 1 : Non sine ratione dicitur. Jav., 4 ex poster. Lab., D., XL, 7, 39, 4 : Labeonis et Ofilii sententia rationem quidem habet, sed hoc jure utimur. Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71, 2 : Potest dici... sed... alio jure utimur. Paul, 8 ad Ed., D., XLVI, 3, 86 : Hoc jure utimur... nam absurdum est.

(4) Jul., 55 Dig., I, 3, 20 : Non omnium quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest.

même de ne pas chercher à les connaître. Si l'on y regardait de trop près, semble dire Neratius, certaines décisions ne supporteraient pas l'examen (1).

L'interprétation proposée par les prudents n'acquérait force de loi qu'après avoir été confirmée par l'usage. Tel est le cas de la règle citée par Paul dans le texte où il parle du *jus commenticium* (2). Ce n'est pas à dire qu'on doive confondre le droit établi par la coutume (*jus moribus constitutum*) et le droit introduit par les prudents (*jus auctoritate prudentium constitutum*) : celui-ci garde toujours son caractère et comme sa marque d'origine ; il n'a pas la même portée que le droit résultant de la coutume proprement dite.

Il serait difficile de dire à quelle époque précise et à quels jurisconsultes il faut rapporter les règles assez nombreuses attribuées aux *veteres* (3). Bien peu sont désignées par le nom de leur auteur, comme la règle Catonienne. Le seul point de repère que l'on possède, c'est que Q. Mucius Scævola, le consul de l'an 659, a composé un recueil de définitions (4) fréquemment cité par les jurisconsultes classiques. Par conséquent, c'est dans la période antérieure à Q. Mucius, c'est-à-dire au cours du sixième et dans la première moitié du septième siècle, que les prudents ont réussi à formuler des règles de droit en assez grand

(1) Nerat., 6 Membr., D., I, 3, 21. Cf. Paul, 4 ad Plaut., D., eod., 23.

(2) Paul, 18 ad Plaut., D., XLVIII, 19, 20 : Si pœna alicui irrogatur, *receptum est* commenticio jure, ne ad heredes transeat. Gaius, IV, 112, l'appelle *certissima juris regula*, et Ulpien, 41 ad Sab., D., XLVII, 1, 1 pr. : *civilis constitutio*. Tel est aussi sans doute le caractère de la *veterum opinio*, d'après laquelle « quod ex injusta causa apud aliquem est potest condici » (Ulp., 18 ad Sab., D., XII, 5, 6), et de la règle *quod veteres constituerunt :* « culpa debitoris perpetuari obligationem. » Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 3.

(3) Jörs, *Röm. Rechtsw.*, I, 295, a essayé d'établir que la période où commence l'élaboration scientifique du droit a été précédée de trois phases distinctes : celle où règne exclusivement l'empirisme, celle des formulaires, enfin celle des règles de droit. Celle-ci daterait de Cato Licinianus. Présentée sous une forme aussi tranchée, cette manière de voir nous paraît contestable. Il est difficile de croire, et Jörs, 306, le reconnaît lui-même, que chez un peuple où l'étude du droit était aussi en honneur que chez les Romains, les trois siècles qui ont suivi les Douze Tables aient été absolument stériles pour la science, et que les juristes antérieurs à Caton aient été impuissants à formuler des règles de droit. Les raisons alléguées (arg. Paul, 12 ad Sab., D., XLV, 1, 4, 1) sont d'autant plus fragiles qu'on ne possède que de rares fragments des œuvres de Caton. Le passage dans lequel Pomponius parle des deux Caton ne saurait, pour tout esprit non prévenu, s'interpréter en ce sens que les livres de Caton le fils seraient le point de départ d'un changement essentiel dans la littérature juridique. « Hos sectatus ad aliquid est Cato. Deinde Marcus Cato, princeps Porciæ familiæ, cujus et libri extant : sed plurimi filii ejus, ex quibus ceteri oriuntur. » Ces derniers mots signifient sans doute que les jurisconsultes postérieurs ont puisé dans les écrits du fils plutôt que dans ceux du père. Cf. Gandolfo, Arch. giur., 1889, XLIII, 393.

(4) L'*index* de la Florentine mentionne le *Liber singularis* ὅρων, *sive definitionum*, de Q. Mucius. Cf. Sanio, *Gesch.*, 41.

nombre pour qu'on ait eu la pensée d'en faire un recueil spécial. L'intérêt scientifique de cette publication ressort de ce fait qu'elle est due à l'auteur du premier essai d'exposition systématique du droit romain.

§ 3. — *La littérature juridique.*

Ce n'est pas seulement en formulant des règles de droit ou en donnant des conseils aux plaideurs, aux magistrats ou aux juges, que les prudents ont contribué au progrès du droit : ils ont laissé une trace durable de leur science dans leurs écrits. C'est depuis le milieu du sixième siècle que la littérature juridique commence à prendre un certain développement (1). Jusqu'alors les légistes s'étaient bornés à recueillir des formules d'actions ou d'actes juridiques, à composer des formulaires. Désormais, ils joignent au texte un commentaire. On y trouve un écho des discussions du forum, l'expression des opinions émises par l'auteur du recueil sur les difficultés soulevées par l'application des Douze Tables et du droit pontifical. Ce fut une conséquence du changement qui s'était introduit dans l'interprétation du droit.

Le *jus civile,* œuvre des pontifes, fut traité comme un monument législatif et fut à son tour commenté et développé. Mais comme l'étude de ce droit était d'ordinaire jointe à celle des Douze Tables, on finit par donner le nom de *jus civile* à l'ensemble du droit contenu dans la loi décemvirale et dans les livres des pontifes. Les ouvrages des juristes des sixième et septième siècles portent en général le nom de *libri* ou de *commentarii juris civilis* (2).

(1) On ne sait à peu près rien des travaux des juristes de l'époque antérieure. Pomponius se contente de citer les noms de P. Sempronius Sophus, consul en 450 ; de G. Scipio Nasica, qu'il confond avec celui de ses descendants qui fut consul en 563 ; de Q. Maximus (le texte porte par erreur Mucius), qui fut député par le Sénat à Carthage en 536. Cf. Sanio, *Varroniana,* 150, 156. Nous avons déjà mentionné Tib. Coruncanius.

(2) La source à peu près unique de nos renseignements sur les débuts de la littérature juridique, c'est l'*Enchiridion* de Pomponius. En tête de ce manuel, Pomponius a placé un abrégé de l'histoire des sources du droit, des magistratures et de la jurisprudence. Justinien en a recueilli au Digeste un fragment important. D'après une conjecture de Sanio (*Varroniana*), Pomponius aurait utilisé, pour la rédaction de son livre, les écrits de Varron. Mais son travail n'est pas exempt de défauts ; il y a des contradictions qui ont fait douter de son authenticité, au moins sur certains points. Mommsen, II, 176, appelle Pomponius un ignorant. Pomponius vivait au second siècle de notre ère ; son *Enchiridion* fut composé sous Hadrien. Cf. Fitting, *Ueber das Alter der Schriften Römischer Juristen von Hadrian bis Alexander,* 1860, p. 13 ; Mommsen, Z. f. R. G., VII, 474 ; Karlowa, *Röm. R. G.,* I, 715 ; Krueger, *Gesch. der Quellen,* 173 ; Kalb, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt,* 1890, p. 63.

I. — Le premier en date, et l'un des plus importants, eut pour auteur Sextus Ælius Pætus, surnommé Catus, le consul de l'an 556. Cet ouvrage est divisé en trois parties, d'où son nom : *Tripertita*. La première partie était consacrée aux Douze Tables, la seconde à l'interprétation, la troisième aux actions de la loi.

La seconde partie contenait-elle l'explication du texte des Douze Tables que la première se bornait à reproduire? Il est plus probable qu'elle exposait, en le commentant (1), le droit établi par l'interprétation des pontifes, le *jus civile* tel qu'il résultait des formulaires d'actes consacrés par l'usage (2). La première partie faisait connaître non pas seulement les termes de la loi, mais aussi le sens de chaque disposition (3). De même la troisième partie renfermait sans doute, à côté des formules d'action, l'indication des conditions requises pour qu'elles fussent applicables (4).

C'était la première fois que le droit romain était l'objet d'un travail d'ensemble; aussi les jurisconsultes classiques considèrent-ils le livre de S. Ælius comme contenant le berceau du droit (*cunabula juris*) (5).

Indépendamment des *Tripertita*, Pomponius cite un recueil d'actions de la loi dû à Sext. Ælius. Lorsque, dit-il, Rome commença à grandir, on s'aperçut de certaines lacunes dans les formes d'actions. Les actions qui figuraient dans la compilation de Flavius étaient insuffisantes : il avait fallu en créer de nouvelles pour assurer l'application des lois postérieures aux Douze Tables (6), ou pour étendre à des hypothèses nouvelles les formes déjà existantes. Sext. Ælius en composa un recueil qu'il livra à la

(1) Cic., De or., I, 56, cite un ouvrage de S. Ælius qu'il appelle *commentarii*. Il est très vraisemblable que cet ouvrage se confond avec les *Tripertita*, dont le titre complet était peut-être *Commentaria Tripertita*. Schoell, *XII Tab.*, 48. Voy. cep. Huschke, Z. f. g. Rw., XV, 182.

(2) Gell., IV, 1, 20, en rapporte, d'après Servius Sulpicius, un exemple relatif à la question de savoir quelle était la portée du legs de *penus*. Cf. Cels., 8 Dig., D., XIX, 1, 38, 1.

(3) Cic., De leg., II, 23 : « Hoc (verbum *lessum*) veteres interpretes, Sext. Ælius, L. Acilius, non satis se intelligere dixerunt, sed suspicari... »

(4) Arg. Cic., Ad fam., VII, 22. Sext. Ælius se demandait si l'héritier du voleur était passible de l'action *furti*.

(5) Voigt, *Ueber das Ælius und Sabinus System, wie über einige verwandte Rechtsysteme* (Abh. der K. Sächs. Ges. d. Wis.), 1875, a prétendu que les *Tripertita* présentaient un exposé systématique du droit ancien; il a même essayé de reconstituer l'ordonnancement des matières dans cet ouvrage. Mais il est difficile de croire qu'on ait songé à les coordonner au moment où pour la première fois on chercha à les réunir. Nous avons d'ailleurs sur ce point le témoignage de Cicéron : il affirme qu'il ne s'est trouvé encore personne qui ait disposé dans un ordre méthodique les principes du droit. (De or., I, 41.) Cf. Jörs, I, 108; Krueger, *Gesch. d. Q.*, 54.

(6) Voy. *supra*, p. 150, n. 3.

publicité : ce fut le *jus Ælianum*. Est-ce un ouvrage distinct des *Tripertita*? On l'a prétendu : le *jus Ælianum* aurait été un simple formulaire sans aucun caractère scientifique et qu'on aurait affiché sur les murs du forum. C'est là une assertion qu'aucune raison vraiment décisive ne vient justifier (1). Le *jus Ælianum* n'est qu'une dénomination particulière donnée à la troisième partie des *Tripertita*.

II. — Parmi les contemporains de Sextus Ælius, les auteurs anciens citent plusieurs juristes de marque : d'abord Publius Ælius, le frère de Sextus (2); puis Caton l'Ancien (3), Fabius Pictor, Q. Fabius Labeo (4), et surtout le fils de Caton l'Ancien, Cato Licinianus (5).

Les deux Caton ont composé des livres de droit. Parmi ceux dont le souvenir a été conservé, notamment les *commentarii*, il n'est pas possible de distinguer avec certitude ceux qui appartiennent à l'un ou à l'autre. Pomponius se borne à dire que la plupart étaient de Caton le fils. Il est d'ailleurs vraisemblable que les livres de Caton l'Ancien étaient des ouvrages de pratique. Caton était avant tout un homme d'affaires, et ce qui l'avait conduit à faire une étude approfondie du droit, c'était bien moins l'amour de la science que le désir de défendre plus efficacement ses intérêts et ceux de ses amis. On voit par ses discours qu'il se laissait guider par des considérations politiques et sociales plutôt que par des raisons purement juridiques.

Son fils, au contraire, fut un homme de science èt paraît avoir exercé une certaine influence sur le développement du droit. Les formulaires et les décisions interprétatives des jurisconsultes formaient un ensemble confus où il était difficile de se reconnaître (6) : Caton le fils semble avoir le premier cherché à mettre un peu d'ordre dans ces matières (7).

Après lui, C. Livius Drusus, consul en 607, composa des

(1) Pourquoi le recueil d'Ælius aurait-il été consigné sur l'album, alors qu'on ne l'avait pas fait pour celui de Flavius? L'argument principal que fait valoir HUSCHKE, loc. cit. (cf. RUDORFF, I, 158; JÖRS, I, 103), c'est que Pomponius présente le *jus Ælianum* comme une source du droit, les *Tripertita* comme un ouvrage de jurisprudence. Mais cela tient à ce qu'il envisage ce recueil, comme il l'a fait pour celui de Papirius, d'Appius Claudius, à deux points de vue différents. Voy. SANIO, *Gesch.*, 26; VOIGT, op. cit., 10; KARLOWA, *Röm. R. G.*, I, 476; COGLIOLO sur PADELETTI, 109; KRUEGER, *Gesch. d. Q.*, 54; LENEL, Kr. Vschr., XXXII, 266.

(2) Consul en 553. POMP., 2, 38; GELL., IV, 1, 20.

(3) Consul en 559. CIC., De or., I, 37; QUINT., XII, 3, 9; VAL. MAX., VIII, 7, 1; LIV., XXXIX, 40.

(4) Consul en 589. VAL. MAX., V, 8, 3.

(5) Né en 562, mort en 602. Cf. SANIO, *Gesch.*, 28; JÖRS, 267, 283.

(6) CIC., De or., I, 42.

(7) GELL., XIII, 20 : Egregios de juris disciplina libros reliquit.

recueils (*monumenta*) très utiles, dit Valère Maxime, à ceux qui voulaient apprendre le droit civil (1). Ce n'étaient pas là probablement des travaux d'ensemble, car Pomponius attribue à M. Manlius, consul en 605, à M. Junius Brutus et P. Mucius Scævola, consul en 621, le mérite d'avoir fondé le droit civil. Cela veut dire sans doute qu'ils furent les premiers à réunir tous les documents relatifs au droit civil (2). Ces trois jurisconsultes n'étaient pas d'ailleurs de simples compilateurs, ils savaient à l'occasion donner un avis motivé ; mais leurs ouvrages n'étaient que des recueils d'espèces (3). Q. Mucius Scævola fit le premier un exposé systématique du droit civil.

III

LES ÉDITS DES MAGISTRATS.

La plupart des magistrats, consuls, préteurs, censeurs, édiles curules, ont le droit de prendre des mesures générales auxquelles les citoyens sont tenus d'obéir. Notification en est faite au peuple dans une assemblée réunie sur la place publique (*contio*) (4). La notification était verbale ; d'où le nom donné à ces dispositions : *edicta*. Cependant, il était d'usage de les faire ensuite afficher au forum, en un endroit où l'on pût les lire commodément (5). On les inscrivait sur des tables de bois couvertes d'un enduit blanc (*album*). Par extension, on appelle album l'ensemble des dispositions contenues sur ces tables.

D'ordinaire, c'est à son entrée en fonction, ou même un peu avant, que le magistrat publiait son édit (6). Cet édit, où il faisait connaître les principes qu'il comptait suivre dans son administration, portait le nom d'*edictum perpetuum,* parce qu'il devait rester en vigueur pendant toute la durée de ses fonctions. On le distinguait ainsi de l'*edictum repentinum,* rendu au cours de la magistrature pour parer à des circonstances imprévues (7), et de l'*edictum tralaticium,* qui formait la partie stable de l'édit, celle dont les clauses se transmettaient d'une année à l'autre (8).

(1) Val. Max., VIII, 7, 4.

(2) C'est peut-être à leurs travaux que fait allusion Cicéron (De or., I, 43) : Neque ita multis litteris aut voluminibus magnis continentur; eadem enim sunt elata primum a pluribus.

(3) Cic., De or., II, 33, le dit pour ceux de Brutus.

(4) Sc. De Bacchanalibus, lin. 23. Cf. Mommsen, I, 196 (227) ; II, 212.

(5) Loi Acilia *repetundarum*, lin. 65.

(6) Dion Cassius, XL, 66 ; LV, 6 ; Liv., XXI, 63.

(7) Liv., II, 24 ; Ulp., 3 ad Ed., D., II, 1, 7 pr.

(8) Cic., Verr., I, 4, 5 ; ad Att., V, 21 ; ad Fam., III, 8 ; Gell., III, 18, 7.

Les édits les plus importants sont ceux qui concernent le droit privé. Ils émanent du préteur urbain, plus tard du préteur pérégrin, des édiles curules, des gouverneurs des provinces. Nous ne nous occuperons ici que de l'édit prétorien, dont les dispositions forment le *jus honorarium* (1).

I. — Les préteurs ont exercé sur la formation du droit romain une influence considérable. Pour se rendre compte du rôle qu'ils ont joué, il faut faire abstraction de nos idées modernes et ne pas confondre le préteur romain avec un magistrat de nos jours, si haut placé qu'il soit dans la hiérarchie. Sans cela, on pourrait s'étonner de voir le représentant du pouvoir judiciaire investi d'un pouvoir analogue à celui du législateur, et l'on serait conduit à dire, comme le faisait, au siècle dernier, Heineccius, que les préteurs ont commis une usurpation en modifiant le droit établi par la loi. Cette supposition est incompatible avec le respect des Romains pour la loi des Douze Tables ; elle doit être écartée.

L'influence que les préteurs ont exercée sur la formation du droit est tout à fait légitime : elle est la conséquence du pouvoir qui leur était conféré par le vote du peuple, au jour de leur élection. Ce pouvoir était double : il comprenait la *jurisdictio* et l'*imperium*.

La *jurisdictio* faisait du préteur l'organe officiel de la loi (2). A ce titre, il était chargé d'en assurer l'observation (3), en jugeant les procès entre particuliers par lui-même ou par un délégué (4).

L'*imperium* conférait au préteur le pouvoir de prendre, dans la sphère de ses attributions, toutes les mesures qui lui paraissaient utiles au bien public (5). Ce pouvoir est caractérisé de la même manière, soit dans le sénatus-consulte sur l'*imperium* de Vespasien (6), soit dans le texte où Papinien définit le droit prétorien en disant qu'il comprend les dispositions introduites par les préteurs pour l'utilité publique. C'est en vertu de l'*imperium* et en vue de servir l'intérêt public qu'ils ont eu le droit et le devoir de faciliter l'application du droit civil, de le compléter et même de le corriger (7).

On voit combien la situation des préteurs différait de celle des

(1) Pomp., Ench., D., I, 2, 2, 10.

(2) Cic., De leg., III, 1 : Magistratum legem esse loquentem.

(3) Cic., eod., 3 : Juris civilis custos esto.

(4) Cic., eod. : Juris disceptator qui privata judicet judicarive jubeat, prætor esto. Ulp., 2 de off. Quæst., D., II, 1, 3 : Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.

(5) Ulp., 68 ad Ed., XLIII, 9, 1, 1 ; XLIII, 8, 2, 2.

(6) *C. I. L.*, VI, 930, lin. 17 ; Bruns, 182 ; Girard, 81 : Utique quæcumque ex usu rei publicæ... esse censebit.

(7) Pap., 2 definit., D., I, 1, 7, 1 : Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.

magistrats de nos jours. Le peuple abdiquait en quelque sorte entre leurs mains, en leur recommandant simplement de s'inspirer dans tous leurs actes de l'intérêt public.

Ce pouvoir exorbitant avait toutefois des limites. Les décisions du préteur n'étaient valables que pendant la durée de ses fonctions, c'est-à-dire pendant un an; leur efficacité pouvait même, pendant cet intervalle, être paralysée par l'*intercessio*. De là des différences profondes entre les règles établies par la loi et celles qui étaient introduites par le préteur :

1° Les premières avaient une durée indéfinie ; les secondes ne subsistaient en principe que pendant un an. Mais si, à l'user, les innovations qu'elles consacraient semblaient bonnes, les préteurs subséquents les maintenaient ; si elles présentaient des inconvénients, on y renonçait. Celui-là même qui avait introduit une disposition nouvelle pouvait en écarter l'application, s'il estimait qu'elle conduisait à des conséquences contraires au but qu'il s'était proposé. Enfin, si l'expérience n'était pas jugée suffisante, on la prolongeait pendant un an.

2° Les dispositions législatives sont toujours conçues à l'impératif. Le préteur n'emploie ce mode que lorsqu'il parle au nom de la loi, lorsqu'il fait un acte de *jurisdictio*, par exemple, lorsqu'il institue un juge (1), ou que, dans une revendication, il donne l'ordre aux parties de lâcher l'objet revendiqué (2). Lors, au contraire, qu'il veut, en vertu de son *imperium*, donner un ordre, il ne peut le faire que sous forme d'invitation : il s'exprime au subjonctif (3). Dans un seul cas on trouve l'indicatif, c'est lorsque le préteur oppose son *veto* (4). Que si la décision prise en vertu de son *imperium* a un caractère impersonnel, si elle vise non pas une personne déterminée, mais tous ceux qui se trouveront dans un cas donné, le préteur se borne à faire connaître son intention ; il dit ce qu'il fera dans l'avenir : il s'exprime au futur (5).

3° Les règles législatives et les dispositions qui émanent des préteurs ne diffèrent pas moins entre elles quant au fond. Le législateur seul peut poser des règles de droit; lui seul peut dire, par exemple : La propriété s'acquiert de telle manière; ou bien :

(1) GAIUS, IV, 36 : *Judex esto*. Cf. IHERING, III, 286.

(2) GAIUS, IV, 16 : Mittite ambo hominem.

(3) ULP., 71 ad Ed., D., XLIII, 30, 1 pr. : (Censeo ut) *exhibeas;* 67 ad Ed., D., XLIII, 2, 1 pr. : *restituas;* 68 ad Ed., D., XLIII, 8, 2 pr. : *ne quid facias, immittas;* GAIUS, IV, 46 : *Vindicem dent;* PAUL, 4 ad Ed., D., II, 7, 4, 2 : Ne quis vi eximat.

(4) FESTUS, v° *Possessio;* ULP., 68 ad Ed., D., XLIII, 8, 2, 20. Cf. IHERING, III, 202.

(5) *Judicium dabo, in integrum restituam, animadvertam, cogam, servabo, ratum habebo.*

Quiconque aura tué sans droit l'esclave d'autrui, sera tenu de payer la plus haute valeur que cet esclave a eue dans l'année qui a précédé le délit. Le préteur se borne à promettre son appui personnel dans des circonstances et sous des conditions déterminées. Il dit, par exemple : Je donnerai un juge à celui qui aura acquis par tradition une *res mancipi* et ne l'aura pas usucapée.

Il y a là, entre le procédé du préteur et celui du législateur, une différence caractéristique. En théorie, celui qui ne peut se prévaloir que d'une promesse du préteur ne peut pas dire qu'il a un droit : la loi seule consacre les droits. En fait, quiconque est en mesure d'établir qu'il est dans un des cas prévus par le préteur est dans une situation presque aussi forte que s'il avait un droit reconnu par la loi. Sans doute cette situation est précaire : la promesse faite par un préteur peut être retirée par son successeur. Mais si elle est maintenue, et c'est le cas le plus ordinaire, elle acquiert en fait une valeur égale à celle qui résulte d'une disposition de la loi. C'est ainsi qu'en droit il n'y a qu'une seule propriété, la propriété quiritaire, mais en fait l'*in bonis,* protégé par l'action publicienne, équivaut à un droit de propriété. Les jurisconsultes classiques n'hésitent pas à admettre dans ce cas la formation d'un droit réel; ils le distinguent de celui qui est placé sous la garantie de la loi en disant qu'il est sous la protection du préteur (1).

En résumé, le pouvoir dont le préteur est investi est essentiellement distinct du pouvoir législatif, bien qu'il ait des effets analogues. Il ne faut pas considérer le préteur comme exerçant par délégation le pouvoir législatif qui appartient au peuple : son pouvoir ne va pas jusqu'à lui permettre de changer la loi. Il peut la compléter, la perfectionner, en paralyser l'effet, en suspendre l'application ; il ne peut pas l'abroger.

II. — Sous quelle forme et dans quelle mesure les préteurs ont-ils fait usage de leur pouvoir dans la période qui nous occupe? Il faut distinguer ce qui est du ressort de la *jurisdictio* ou de l'*imperium*.

Pour la *jurisdictio,* le rôle du préteur se bornait précédemment à présider aux solennités de l'action de la loi et à nommer, s'il y avait lieu, un juge ou un arbitre pour connaître de l'affaire. La situation du préteur grandit lorsque les pontifes cessèrent d'avoir un délégué chargé de *præesse privatis*. Désormais, c'est le préteur qui fut compétent pour décider quelle était la loi sur laquelle

(1) Ulp., 51 ad Ed., D., VII, 9, 9, 1 ; 17 ad Sab., D., VII, 4, 1 pr. : Tuitione prætoris constitutus usus fructus. Cf. Pomp., ap. Ulp., 12 ad Ed., D., XXVII, 6, 1, 5.

on pouvait s'appuyer, quelle était la formule qu'on devait prononcer pour introduire une action en justice. Ce fut lui aussi, vraisemblablement, qui, avant la création des *tres viri capitales* par la loi Papiria, fut chargé du recouvrement du *sacramentum* au profit du trésor public.

Bien plus important au point de vue de la formation du droit est l'usage que le préteur a fait de l'*imperium*. Ce n'est pas à dire que les institutions prétoriennes remontent toutes à l'époque que nous étudions : du moins ont-elles, dès ce moment, commencé à se développer.

C'est après la soumission de l'Italie et la destruction de Carthage que s'ouvre la période d'organisation de l'Empire romain. Pendant que le Sénat s'occupe de constituer les provinces, les préteurs s'efforcent d'assouplir le droit aux conditions nouvelles de la vie sociale. Si des textes précis attribuent au septième siècle un bon nombre des innovations prétoriennes, il est certain que beaucoup d'autres sont bien plus anciennes : Cicéron, dans un ouvrage de sa jeunesse, présente les édits des préteurs comme formant la partie la plus importante du droit coutumier en raison de leur ancienneté (1).

On ne peut songer, dans l'état actuel de nos connaissances, à déterminer d'une façon rigoureuse les institutions prétoriennes qui remontent aux cinquième et sixième siècles. Nous devons nous borner à des indications générales, souvent même nous contenter de probabilités. Encore moins est-il possible, dans la plupart des cas, de donner des détails sur la physionomie que présentaient ces institutions à notre époque. Nous nous abstiendrons de toute conjecture, et nous renverrons à notre seconde partie l'exposé des traits distinctifs de chaque institution telle qu'elle apparaît en droit classique. Sous le bénéfice de ces réserves, voici l'usage que les préteurs ont fait de leur *imperium*.

A l'époque classique, l'album du préteur se compose de deux éléments distincts : l'édit et les formules (2). Dans l'édit, le préteur, procédant par voie générale et réglementaire, fait connaître les principes dont il s'inspirera dans l'exercice de sa juridiction, les mesures qui lui paraissent commandées par l'intérêt public. Les formules sont des modèles d'instructions écrites adressées aux juges par le magistrat. Il y en a une pour chacun des cas où l'on peut invoquer un droit consacré par la loi ou par le préteur.

Les clauses de l'édit et des formules étaient en nombre assez

(1) Cic., De inv., II, 22.
(2) Cf. Wlassak, *Edict und Klageform*, 1882, p. 22.

considérable au moment où Julien fut chargé de les mettre en ordre, dans la première moitié du deuxième siècle de notre ère. En était-il de même au sixième siècle de Rome? Autant qu'on en peut juger d'après les données que nous possédons, il devait y avoir dans l'album un nombre assez important de formules, mais peu de dispositions en forme d'édits (1).

L'attention des préteurs paraît s'être portée, dans le principe, sur quatre points principaux : 1° la protection des lieux publics, sacrés et religieux, ainsi que des dépendances du domaine public possédées par des particuliers ; 2° la protection des servitudes ou, d'une manière plus générale, de certaines restrictions à la propriété foncière ; 3° la protection de certains rapports entre citoyens et pérégrins ; 4° la réglementation de l'exercice de la juridiction, et particulièrement de la juridiction des délégués des magistrats (*præfecti juri dicundo*).

1° Aux premiers siècles, la protection des lieux sacrés était assurée par les rois. Investis de l'autorité civile et religieuse, ils avaient des pouvoirs suffisants pour punir les coupables. Sous la République, c'est le censeur qui était compétent pour statuer sur les empiétements commis par des particuliers sur les lieux sacrés (2). Mais les pontifes avaient seuls qualité pour décider si le lieu était sacré ou privé : comme dans les procès entre particuliers, ils jouaient non pas le rôle de juges, mais celui d'interprètes ; ils statuaient, comme le dit Cicéron, *de religione* et non *de lege*, et leur interprétation liait le juge (3).

S'il s'agissait non plus d'une usurpation, mais d'une simple violation d'un lieu sacré, il n'y avait pas à proprement parler de sanction. Si la violation commise n'était pas susceptible d'être expiée, le coupable était déclaré «impie» (4). Si, dans le cas contraire, le coupable ne fournissait pas l'expiation prescrite, le pontife ne pouvait l'y contraindre ; il n'y avait d'autre châtiment à redouter que la colère de la divinité outragée. Toutefois, en vertu de règlements particuliers à certains lieux sacrés, le coupable pouvait encourir une peine pécuniaire (5).

Ce système de répression était très insuffisant, surtout dans le cas où l'acte consistait en un fait matériel de nature à nuire

(1) Cf. Wlassak, op. cit., 111, 121 ; Cogliolo, *Storia*, I, 187.
(2) Liv., XL, 51.
(3) Cic., ad Att., IV, 2 ; De harusp., 7.
(4) Il est probable que les pontifes, en vertu de leur droit de surveillance sur les lieux sacrés, pouvaient lui défendre de sacrifier aux dieux : c'était une espèce d'interdit. Arg. Cic., De leg., II, 9.
(5) *Lex luci Lucerini. C. I. L.*, IX, 782 ; Bruns, 241 ; Girard, 22. *Lex luci Spoletini*, éd. Bormann, Miscell. Capitolin., 1879, p. 8 ; Bruns, 241.

à la beauté du lieu sacré ou à le rendre moins commode (1). Le préteur estima qu'il était de l'intérêt public d'empêcher l'acte d'être accompli, et au cas où il l'aurait déjà été, d'ordonner que les lieux fussent remis dans leur état antérieur (2). Cette intervention du préteur dans les *res divini juris* doit remonter à une époque très ancienne ; il a peut-être recueilli ici une attribution précédemment exercée par les consuls (3).

Le préteur prit également sous sa protection le *locus religiosus* (4). L'intervention du préteur était ici d'autant plus nécessaire que ces lieux devenaient *divini juris,* non par la déclaration des pontifes, mais par la volonté de leur propriétaire et sous la condition qu'un mort y fût inhumé (5). Elle était utile lors même que le propriétaire avait pris des dispositions, sous forme de legs, en vue d'assurer la protection de son tombeau, pour empêcher certains travaux qui ne constituaient pas une véritable contravention.

La protection du préteur s'étendit vraisemblablement aux *loca sancta.* Il y avait, il est vrai, une peine très sévère prononcée par la loi contre celui qui endommageait les murs de la ville ou les franchissait sans passer par les portes : c'était la peine capitale (6). Pour les cas non prévus par la loi, une sanction n'était pas moins nécessaire, par exemple, lorsqu'on avait appuyé une construction aux murs de la ville. Ici encore, le préteur rendait un interdit pour défendre de faire le travail, et s'il était fait, pour ordonner le rétablissement des lieux dans leur état antérieur (7).

Pour les lieux publics, comme pour les lieux sacrés, les censeurs étaient compétents pour connaître des usurpations commises par des particuliers. Ils avaient de plus qualité pour faire démolir les constructions élevées sur un lieu public (8). Mais le censeur n'était pas compétent pour réprimer les dommages qu'un citoyen pouvait causer à un autre en usant d'un lieu public :

(1) Ulp., 68 ad Ed., D., XLIII, 6, 1, 2.

(2) Ulp., eod., D., XLIII, 8, 2, 19.

(3) Paul, 63 ad Ed., D., XLIII, 1, 2, 1. Dans la suite, le préteur étendit sa protection aux lieux sacrés situés dans les municipes et dans les colonies. Ici les prescriptions du collège des pontifes n'étaient plus applicables : chaque cité conservait son culte local et ses règles particulières. Fest., v° *Municipalia.*

(4) Ulp., 52 ad Ed., D., XXXIX, 1, 1, 1.

(5) Gaius, II, 6 ; Marcien, 3 Inst., D., I, 8, 6, 4.

(6) Pomp., 2 ex var. lect., D., I, 8, 11.

(7) Il en était de même dans les colonies et les municipes. Marcien, 3 Inst., D., I, 8, 8 ; Ulp., 68 ad Ed., D., eod., 9, 4.

(8) Liv., XXXIX, 44 ; XLIII, 16. Il s'agit ici des lieux affectés à un usage public. Cels. fil. ap. Pomp., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 6 pr. Cf. Lab. ap. Ulp., 68 ad Ed., D., XLIII, 8, 2, 3.

c'étaient deux intérêts privés qui se trouvaient en conflit. Le préteur résolut de prévenir le dommage au moyen d'un interdit : il visa le cas où l'*opus,* fait par un citoyen sur un lieu public, était de nature à porter préjudice à autrui (1).

Lorsque la jouissance d'un lieu public a été concédée par le magistrat compétent à un particulier à titre de louage, le locataire est protégé par le préteur, au moyen de l'interdit *de loco publico fruendo,* contre toute personne qui voudrait l'empêcher de jouir (2).

La protection des voies publiques et des chemins publics fut assurée par divers interdits, qui furent créés sans doute lorsque les Romains commencèrent à veiller à l'entretien des routes (3).

Le préteur songea également à protéger les possesseurs de terres dépendant du domaine public (*pascua*) et occupées par des particuliers ou concédées par l'État. Ni la revendication, ni l'action *furti* n'y étaient applicables : on créa les interdits *uti possidetis* et *unde vi.* Ces interdits, que les jurisconsultes appellent possessoires, s'appliquaient, dans le principe, aux *possessiones.* Le mot *possessio* avait alors une signification bien plus étroite que celle qu'on lui donna sous l'Empire : il ne comprenait pas la possession des terres appartenant à des particuliers, possession caractérisée par le mot *usus* (4).

2° Le droit de servitude paraît avoir été sanctionné, dans le principe, par la revendication. Cette protection était insuffisante dans le cas où un tiers s'opposait à l'exercice de la servitude, sans mettre en question le droit du titulaire : il y avait là simplement un tort qui devait être réprimé. On ne pouvait recourir ici, comme on le faisait en pareille occurrence pour le droit de propriété, à l'action d'injures. Il était difficile d'admettre qu'il y eût délit d'injures vis-à-vis d'une personne qui n'était pas établie sur le fonds, et qui manifestait son droit par des actes intermit-

(1) ULP., 68 ad Ed., D., XLIII, 2, 2, 2. On considère comme souffrant un dommage celui qui perd un avantage qu'il retirait d'un lieu public (ULP., eod., 2, 11). L'interdit a pour but de défendre à un citoyen d'user d'un lieu public de manière à empêcher un autre d'en user aussi.

(2) ULP., 68 ad Ed., D., XLIII, 9, 1 pr.; 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 13, 7.

(3) ULP., eod., D., XLIII, 8, 2, 20 et 35. C'est en 442 qu'Appius fut le premier à *viam munire.* LIV., IX, 29. GELL., XI, 17, cite un interdit *de fluminibus retandis.* Cf. D., XLIII, 11 et 12.

(4) Voy. le décret de Paul Émile de 565 (*C. I. L.*, II, 5041 ; BRUNS, 215 ; GIRARD, 141) : Agrum... possidere habereque jousit, dum populus senatusque Romanus vellet. PERNICE, *Labeo*, I, 321. D'après VOIGT, *Ueber die staatsrechtliche* possessio, 21, l'interdit *unde vi* fut étendu aux *agri privati* par la loi agraire de 643; l'*uti possidetis,* peu de temps après, mais cependant avant Cicéron (De or., I, 10).

tents qu'on pouvait ignorer. Le préteur promit un interdit contre ceux qui s'opposeraient à l'exercice de la servitude ou à l'exécution des travaux destinés à en assurer le maintien.

Il y eut des interdits spéciaux pour les servitudes rurales d'aqueduc, de puisage, de passage et d'égout (1); et un interdit général *quod vi aut clam* pour les servitudes urbaines (2).

3° Lorsque les pérégrins commencèrent à affluer à Rome, le préteur eut à faire face à des besoins nouveaux. Pour trancher les différends qui s'élevaient entre eux ou entre citoyens et pérégrins, il n'était possible ni aux plaideurs de recourir aux solennités des actions de la loi, ni aux juges de statuer d'après la loi romaine. L'intérêt public commandait au préteur de combler cette lacune. Chargé de la juridiction, il devait pourvoir à toutes les nécessités qui pouvaient se présenter.

Ici tout était à créer : l'action de la loi fut remplacée par une « action » prétorienne. Mais cette action, au lieu de consister en une solennité plus ou moins compliquée accomplie par les parties, se réduisait à la rédaction d'une formule, écrite par le préteur et faisant connaître l'objet du procès. Il y ajoutait une instruction pour indiquer au juge les points qu'il était chargé de vérifier ; il suppléait ainsi à l'absence d'une loi réglementant les rapports des parties. Grâce à cette simplification, les plaideurs n'avaient pas à faire devant le juge la preuve de l'accomplissement des solennités ; il leur suffisait de remettre la formule délivrée par le magistrat.

Si la procédure était simplifiée, elle n'était pas modifiée dans ses parties essentielles : la division de l'instance en deux phases subsistait, ainsi que l'investiture du juge, dont la mission était déterminée par le préteur au lieu de l'être par la loi. L'avantage des formules était de communiquer à la procédure une souplesse qui faisait défaut aux actions de la loi. Le magistrat avait toute latitude pour donner ses instructions au juge : il pouvait s'inspirer du droit pérégrin, choisir dans les usages des honnêtes gens les règles qui lui semblaient les meilleures, et préparer ainsi les

(1) Ce sont les interdits *De rivis* (*reficiendis*) : Servius ap. Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 21, 3 pr.; *De aqua cottidiana et æstiva* (Ofilius ap. Ulp., eod., D., XLIII, 20, 1, 17); *De fonte* (*utendo, reficiendo*); *De itinere actuque* (*utendo, reficiendo*) : Veteres ap. Venul., 1 Interdict., D., XLIII, 19, 4 pr.; *De cloacis* (*reficiendis*) : Trebatius, Ofilius ap. Venul., eod., D., XLIII, 23, 2. Cf. Lenel, *E. P.*, 383.

(2) Q. Muc., ὅρων, D., L. 17, 73, 2; Cic., P. Tull., 53; Aquil. Gall. ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 1, 5. Voy. pour la servitude *stiricidii*, Cato ap. P. Diac., v° *Stiricidium*; pour les servitudes *fluminis*, Æl. Gallus ap. P. Diac., v° *Torrens*; *projiciendi*, P. Muc., ap. Cic., Top., 4; *luminum*, Plaut., Most., III, 1, 112. La servitude *oneris ferendi* a son origine dans le *mænianum* du censeur Mænius (436). Cf. Voigt, *Ueber den Bestand und die historische Entwickelung der Servituten*, p. 188, 196, 204. Voy. *supra*, p. 271; *infra*, p. 516.

éléments d'un droit plus large que le droit civil et mieux en rapport avec les besoins du commerce international.

Nous n'avons pas de renseignements sur la façon dont les formules furent rédigées dans le principe, mais la précision et la fixité qu'elles ont de bonne heure acquises donnent lieu de penser qu'elles furent préparées par les soins des légistes assesseurs des magistrats, ou de ceux que les plaideurs avaient consultés. Elles devaient être rédigées en vue de l'espèce soumise au préteur, et sur la demande des parties. Peu à peu il y eut des formules traditionnelles agréées par les préteurs pour les cas qui se présentaient le plus souvent dans la pratique. Le préteur les consignait dans son album pour annoncer qu'il n'en admettrait pas d'autres.

4° Jusqu'ici nous n'avons trouvé sur l'album que des formules d'interdits ou d'actions : il y avait aussi des édits. Quel usage le préteur a-t-il fait, dans les premiers siècles, du *jus edicendi* qui lui était commun avec tous les magistrats ?

L'opinion la plus vraisemblable, c'est qu'il régla de cette manière l'exercice de la juridiction de ses délégués dans les municipes (*præfecti juri dicundo*). Il était nécessaire d'avertir les justiciables qu'ils étaient tenus, sous la menace d'une peine, d'obéir aux décrets des magistrats chargés de la juridiction (1). Il était non moins utile de leur imposer l'obligation de se rendre aux citations à comparaître par-devant ces délégués (2).

Ce qui donne quelque appui à cette conjecture, c'est que les parties qui figurent en tête de l'Édit perpétuel ont trait précisément à la juridiction; elles ne touchent ni au droit civil, ni aux actions de la loi. Ce sont très probablement les parties les plus anciennes de l'Édit. Julien leur a conservé la place qu'elles occupaient dans l'*edictum tralaticium* (3).

Les titres suivants de l'Édit ont trait à la juridiction du préteur lui-même, puis à l'obligation imposée à tout demandeur d'indiquer l'action qu'il veut intenter (*edere*). Ils complètent les règles des Douze Tables sur la citation en justice (*in jus vocatio*) (4),

(1) Ulp., 1 ad Ed., D., II, 3, 1.

(2) Ulp., eod., D., II, 5, 1.

(3) Cf. Kuntze, I, 115; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 462; Jörs, *Röm. Rechtsw.*, 166. Voy. sur l'édit perpétuel, rédigé au deuxième siècle sur l'ordre de Hadrien, Rudorff, *De jurisdictione edictum. Edicti perpetui quæ reliqua sunt,* 1869; Giraud, *L'édit prétorien* (Cp[tes] R. Acad. Sc. mor.), 1870, t. 93, p. 329; Wlassak, op. cit.; Lenel, *E. P.*, 9; Padeletti, *Storia*, 410; Edouard Cuq, *Le conseil des empereurs, d'Auguste à Dioclétien*, 330.

(4) Dans l'édit *Ne quis eum qui in jus vocaretur vi eximat neve faciat dolo malo quo magis eximeretur* (Paul, 4 ad Ed., II, 7, 4, 2), l'expression archaïque *vi eximere,* au lieu de *vi eripere,* dénote l'ancienneté de la disposition. Cf. Dernburg, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts,* dans *Festgabe für* Heffter, 1881, p. 105; Lenel, *E. P.*, 59.

les pactes, les *vadimonia*. Ils déterminent la capacité requise pour agir en justice (*postulare*) en son propre nom ou pour le compte d'autrui.

Toutes ces règles ne concernent que les citoyens. Elles ont dû, sinon dans la forme sous laquelle elles nous sont parvenues, au moins dans l'ensemble, être insérées de bonne heure dans l'Édit : elles ne touchent ni au fond du droit, ni aux actions de la loi.

En somme, les préteurs ne paraissent avoir, au début, procédé par voie générale et réglementaire que relativement à l'exercice de leur juridiction. Dans les autres matières, ils se sont bornés à publier les instructions qu'ils se proposaient de donner au juge dans des cas déterminés, ainsi que les formules des décrets ou interdits. Mais ces formules, bien qu'elles fussent toujours conçues d'une manière concrète (1), remplissaient en même temps la fonction attribuée plus tard à l'Édit (2). Peu à peu les préteurs en ont dégagé des règles auxquelles ils ont donné une portée générale sous forme d'édits; ils ont séparé, sur leur album, la règle de la formule qui servait à la faire valoir. Cette séparation existait au temps de Cicéron.

Les formules d'actions reçurent sans doute un plus grand développement depuis la création du préteur pérégrin : elles devaient figurer sur son album. Est-ce à dire qu'à cette époque il n'y eût pas encore de formule d'action pour sanctionner les rapports des citoyens entre eux? Certes le besoin de formules était ici moins pressant; partout où les actions de la loi s'appliquaient, les formules n'étaient pas indispensables; mais des situations nouvelles s'étaient produites pour lesquelles les actions de la loi n'offraient aucune ressource. Le préteur procéda ici comme il l'avait fait pour les rapports entre pérégrins : il prit sur lui d'organiser une instance, de donner à un juge l'ordre de prononcer sur les rapports des parties en se conformant à une instruction consignée dans une formule.

Le juge désigné était tenu d'obtempérer à cet ordre. Le magistrat avait des pouvoirs suffisants pour exiger de lui l'obéissance ; il pouvait même, s'il était un malhonnête homme comme Verrès, rédiger la formule de manière à mettre le juge le plus honorable dans la nécessité de condamner celui qui aurait dû être absous (3). Le juge devait se renfermer dans les limites de l'instruction qui lui était donnée : il statuait d'après la loi, si la faculté lui en était

(1) Gaius, IV, 34, 36, 37, 41, 43, 47, 50, 86.
(2) Cf. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*, I, 72.
(3) Cic., 2 in Verr., II, 12.

laissée, sinon se conformait à l'ordre du magistrat de qui il tenait son pouvoir. Il n'avait pas le droit de substituer sa manière de voir à celle du préteur.

Ainsi s'explique comment le préteur pouvait prescrire au juge d'examiner un rapport étranger, quant à son fondement, au droit civil. Dès l'instant que la formule n'est autre chose qu'un ordre adressé au juge par le magistrat, l'*imperium* dont le préteur est revêtu lui conférait plein pouvoir pour la délivrer : il n'avait pas besoin pour cela d'une autorisation spéciale de la loi (1).

5° L'album du préteur contenait encore au sixième siècle des formules de stipulations prétoriennes (2), peut-être aussi les édits sur l'*in integrum restitutio* pour cause d'absence (3), et, postérieurement à la loi Plætoria, sur l'*in integrum restitutio* des pubères mineurs de vingt-cinq ans (4); enfin des édits promettant des envois en possession de biens (5).

IV

LES USAGES DES HONNÊTES GENS ET LE *JUS GENTIUM.*

I. — La coutume n'a pas cessé, depuis la promulgation des Douze Tables, d'être, au moins en principe, un mode de formation du droit ; mais elle n'a dû avoir pendant assez longtemps qu'une portée limitée. Il n'y a, à notre connaissance, qu'un bien petit nombre de règles ou d'institutions appartenant à notre période qui doivent exclusivement leur efficacité à la coutume (6). Les institutions qui se sont introduites ou généralisées à cette époque

(1) Il serait difficile de dire avec précision quelles formules d'actions furent ainsi proposées par le préteur. On doit sans doute faire remonter à cette époque l'action publicienne, l'action *funeraria*, l'action de gestion d'affaires.

(2) Parmi les stipulations prétoriennes, on peut citer comme appartenant à cette époque la stipulation *de damno infecto*. L'ancienneté de cette stipulation est attestée par l'énumération qu'elle contient (Alf., 2 Dig., D., XXXIX, 2, 43 pr. ; Pomp., 26 ad Sab., D., XLVI, 8, 18), et qui rappelle celle de la loi Aquilia.

(3) L'*in integrum restitutio* pour cause d'absence est mentionnée dans une pièce de Térence de 593 (Phorm., 450).

(4) L'édit sur la restitution des mineurs de vingt-cinq ans est au plus tôt de la fin du sixième siècle. Cf. Dernburg, op. cit., 101, 110.

(5) La *missio in bona*, comme mode d'exécution, est mentionnée en 567 par Liv., XXXVIII, 60. Comme base d'un droit de succession, elle paraît également remonter à cette époque; elle formait déjà au temps de Cicéron un système successoral indépendant de celui du droit civil. Cf. Kuntze, II, 608 ; Accarias, I, 1217.

(6) Cic., Ad Her., II, 13, cite comme exemple d'une règle dérivant de la coutume la responsabilité solidaire qui incombe aux banquiers associés lorsque l'un d'eux s'est engagé par *expensilatio.*

ne doivent pas, pour la plupart, leur sanction au consentement tacite du peuple : elles se sont développées sous l'influence des prudents et ont été sanctionnées par interprétation des Douze Tables ou des lois postérieures et, dans certains cas, par le préteur. Seule, la prohibition des donations entre époux est attribuée uniquement à la coutume ; mais elle est postérieure à la loi Cincia de 550, et son point de départ ne doit guère être antérieur à cette époque : c'est depuis le milieu du sixième siècle que le lien conjugal est devenu fragile et qu'on a dû se préoccuper de protéger les conjoints l'un contre l'autre.

A défaut de la coutume proprement dite, on rencontre à cette époque bon nombre d'usages que les honnêtes gens se font un devoir d'observer et qui, avec le temps, ont fini par acquérir force de loi. On ne saurait affirmer qu'ils aient eu, dans notre période, une valeur juridique, sauf quelques-uns d'entre eux que le préteur a exceptionnellement sanctionnés.

Ce ne sont pas cependant de purs devoirs de conscience dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui. On n'est pas libre de ne pas les accomplir : on peut être forcé de se soumettre à l'arbitrage d'un homme de bien, et si la décision qu'il rend sur l'affaire n'est pas juridiquement obligatoire, celui contre qui elle est rendue est moralement obligé de s'y conformer, s'il ne veut passer aux yeux de ses concitoyens pour un malhonnête homme (*improbus*) et encourir le blâme du censeur. Nous aurons à déterminer les conséquences résultant de ces deux sortes de flétrissure : l'improbité et l'ignominie.

Il dépendait d'ailleurs des parties de donner aux devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens la valeur juridique qui leur faisait défaut, en confirmant par une stipulation les principales clauses de l'accord. A défaut, il semble que les parties avaient la faculté de demander au préteur de donner à l'arbitre, chargé de connaître du différend, le pouvoir d'un juge, c'est-à-dire le droit de condamner ou d'absoudre. C'est ce qui devait avoir lieu d'ordinaire pour les actes qui échappaient au contrôle du censeur, comme ceux qui résultaient des rapports entre pérégrins ou entre citoyens et pérégrins.

II. — L'existence des usages des honnêtes gens, l'importance de plus en plus grande qu'ils ont reçue aux derniers siècles de la République, ont été souvent méconnues. C'est pour n'en avoir pas tenu compte qu'on a attribué au *jus gentium* une origine et une influence qui ne lui appartiennent pas.

On a prétendu que, dans le cours du sixième siècle, les Romains ont conçu l'idée d'un droit, d'un caractère tout différent de celui

du droit civil : au lieu d'être réservé aux citoyens romains, ce droit peut être invoqué par les pérégrins jouissant ou non du *commercium;* au lieu d'être spécial aux *res mancipi*, il s'applique aux *res nec mancipi;* au lieu d'exiger pour sa formation un acte solennel, il résulte d'actes sans formes. Cette conception nouvelle d'un droit ouvert à tout homme libre, débarrassé des entraves du formalisme, étendant sa protection sur toutes les choses dans le commerce, se serait introduite sous l'influence de la civilisation grecque. Rome devrait à la Grèce non seulement ses arts, ses lettres, sa philosophie, mais ce qu'il y a de meilleur dans sa législation, l'esprit large et humain qui anime le droit classique. L'histoire des derniers siècles de la République serait l'histoire de la lutte du droit nouveau, fondé sur l'équité naturelle, contre le vieux droit quiritaire. Les règles du droit des gens auraient été d'abord appliquées aux rapports commerciaux des citoyens avec les pérégrins ; puis, insensiblement, on les aurait étendues aux rapports entre citoyens ; elles auraient ainsi acquis droit de cité dans la législation romaine aux dépens des dispositions du droit national (1).

Cette thèse soulève de graves objections. En exagérant l'influence de la Grèce sur la formation du *jus gentium*, on arrive à un résultat difficile à admettre en lui-même, et en opposition avec ce que l'histoire des premiers siècles de Rome nous enseigne. Essayons de garder une juste mesure et de faire à chaque peuple la part qui lui revient, en interprétant les textes sans idée préconçue.

Aux yeux des Romains, il y a, à côté du droit consacré par la loi ou la coutume, un certain nombre de préceptes dont l'observation s'impose aux hommes vivant en société (2). Ces préceptes n'ont pas été d'abord sanctionnés, parce qu'on ne l'a pas jugé nécessaire pour le bon ordre de l'État. L'intérêt même des particuliers a paru suffisant pour les décider à s'y conformer. Il s'agit, en effet, d'actes d'une application journalière et pour lesquels on ne peut se passer du concours de ses concitoyens : c'est le prêt, le dépôt, le mandat, le louage. Celui qui violerait ces préceptes au préjudice d'un voisin serait fort empêché lorsqu'à son tour il aurait besoin de recourir à autrui. Ou bien encore il s'agit d'actes

(1) Puchta, *Inst.*, I, § 54; Voigt, *J. N.*, II, 616; Arnold, *Cultur und Recht der Römer*, 279; Gide, *Condition privée de la femme*, 123; S. Maine, *L'ancien droit*, 47; May, *Eléments*, I, 31; Holtzendorff, *Encycl.*, I, 121. Jörs, *Röm. Rw.*, I, 139, 147, pense que le *jus gentium* remonte aux premières relations de Rome avec les peuples extra-italiques.

(2) Cic., De off., III, 17 : Q. Scævola... summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis... quibus viæ societas contineretur.

pour lesquels on ne concevrait guère l'emploi d'une solennité : c'est la vente d'une *res nec mancipi*, qui peut avoir une valeur très minime ; c'est l'acquisition des fruits de la terre ou des animaux que l'on prend à la chasse ou à la pêche.

Comment soutenir que ces actes soient nés des relations commerciales des Romains avec les Grecs, et que les Romains aient vécu pendant six siècles dans cette alternative, ou de se passer de ces actes, ou de les revêtir de solennités peu compatibles avec leur importance ou avec leur nature ? Non ! Ces actes, indispensables à la vie sociale, sont nés et se sont développés à Rome comme chez tous les autres peuples ; et les Romains n'ont eu la pensée de transformer les préceptes qui les gouvernent en règles de droit que le jour où les mœurs ont été impuissantes à en assurer l'observation. Cette transformation s'est produite assez tard, et la meilleure preuve, c'est qu'au sixième siècle on a reconnu aux pérégrins la faculté d'user de certaines formes solennelles appartenant au droit strict, ce qui eût été inutile si, dès cette époque, les actes sans formes eussent été obligatoires tout au moins dans les rapports entre citoyens et pérégrins.

En se transformant, ces préceptes n'ont pas perdu leur caractère propre et bien romain. La bonne foi (*fides romana*), l'usage des gens de bien est toujours resté le criterium d'après lequel on appréciait la conduite des parties. De là la coexistence dans le droit classique de deux groupes distincts de règles de droit : celles qui avaient reçu très anciennement la sanction de la loi, et celles qui, découlant des usages des honnêtes gens, n'avaient été sanctionnées qu'à une date plus récente. Les premières étaient les règles du droit strict ; les secondes reçurent la dénomination de règles du *jus gentium* lorsque les Romains eurent conscience qu'elles se retrouvaient chez tous les peuples civilisés (1).

Avant d'être appliqués aux rapports avec les pérégrins, les préceptes du *jus gentium* ont régi les rapports entre citoyens. C'est parce qu'ils ont été pendant longtemps propres aux citoyens romains que les actions qui les sanctionnent sont des actions *in jus* comme celles qui naissent de la stipulation, au lieu d'être des actions honoraires comme l'action hypothécaire (2).

(1) On rencontre pour la première fois l'expression *jus gentium* dans Cicéron. A ses yeux, le *jus gentium* rentre dans le droit positif et ne se confond pas avec le droit naturel (Part. or., 37); il remonte aux fondateurs de la cité, qui en ont fait passer les préceptes dans les mœurs quand ils ne les ont pas sanctionnés dans les lois (De rep., I, 2).

(2) Cf. Kuntze, *Ueber den* mos civitatis *als Receptionscanal des* jus gentium *neben dem prätorischen Edict* (Krit. Vschr., 1867, IX, 503) ; Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 451;

Mais si les règles du *jus gentium* sont d'origine romaine, ce n'est pas à dire qu'elles n'aient été, à la longue, modifiées et complétées sous l'influence des législations étrangères. Ces règles reçurent, sous l'Empire, une application d'autant plus large qu'elles convenaient bien aux exigences de la vie sociale dans un État qui englobait la plupart des nations du monde connu des anciens. Les relations d'affaires des Romains avec les pérégrins ne pouvaient se développer que sur le terrain du *jus gentium*. Les jurisconsultes et les magistrats de Rome étaient trop avisés pour ne pas favoriser ce mouvement de pénétration réciproque de nations voisines. Ils firent profiter la législation romaine de tout ce qu'il y avait de bon dans le droit des peuples avec lesquels ils entretenaient des relations ou qu'ils avaient soumis à leur autorité. Ils facilitèrent par là même la diffusion du droit romain dans tout l'Empire (1).

CHAPITRE IV

Des changements survenus dans l'organisation de la famille.

Le démembrement de la *gens* s'accentue dans cette période. Les liens qui unissaient entre eux les membres des *gentes* avaient été successivement affaiblis par la constitution de familles indépendantes et par l'appropriation des terres gentilices : ils le furent plus encore par la dispersion des familles, l'introduction de la liberté de tester, la décadence du patriciat, l'émancipation des clients. Bientôt le contrôle du conseil de la *gens* cessera d'être effectif, et l'État se substituera aux *gentiles* dans l'exercice de leur droit de surveillance et de protection vis-à-vis des membres de la *gens*.

Dans l'organisation de la famille, nous n'avons pas de changement notable à signaler, mais plutôt une tendance à relâcher les liens qui unissent les membres au chef de la famille. Cette tendance se manifeste surtout dans la situation des clients, des fils et petits-fils d'affranchis, et principalement de la femme mariée.

Burckhardt, *Zur Geschichte der* locatio conductio, 1889, p. 54; Cogliolo, *Storia*, I, 191.

(1) Cf. Edouard Cuq, *Le conseil des empereurs d'Auguste à Dioclétien*, p 438.

I

DES RESTRICTIONS AU POUVOIR DU CHEF DE FAMILLE SUR SES CLIENTS ET SES AFFRANCHIS.

I. — Pour les clients, c'est la loi elle-même qui favorisa leur émancipation en les protégeant contre les exigences de leurs patrons. La loi Publicia et la loi Cincia fixèrent les limites dans lesquelles ils seraient tenus des dons et des présents qu'on leur réclamait. L'exercice des droits de patronat se trouve à cet égard soumis au contrôle du magistrat (1).

II. — La condition d'affranchi semble avoir été, dans le principe, héréditaire. Les descendants de l'esclave qui avait reçu la liberté ne pouvaient s'élever au-dessus de la condition de clients. Si éloignés qu'ils fussent de celui de leurs ascendants qui avait été en servitude, il y avait là une tache originelle qui les empêchait d'être considérés comme ingénus (2).

D'assez bonne heure cependant, on admit que la condition d'affranchi ne s'étendrait pas au delà de la première génération. Le petit-fils d'un affranchi eut la qualité d'ingénu. S'il faut en croire Suétone (3), c'est le censeur de 442, Appius Claudius, qui, le premier, fit entrer au sénat les petits-fils d'affranchis. Mais Tite-Live et Diodore de Sicile disent que cette mesure, qui d'ailleurs ne fut pas suivie d'effet, s'appliqua aux fils d'affranchis (4). Ce qui est certain, c'est que tout au moins au sixième siècle, les petits-fils d'affranchis étaient traités comme des ingénus.

A plusieurs reprises dans le cours du même siècle, des tentatives furent faites pour relever les fils d'affranchis de l'infériorité de leur condition. En 565, la loi Terentia força les censeurs à inscrire les fils d'affranchis sur les registres du cens d'après leur fortune, et leur retira le droit de les reléguer d'office, comme les affranchis, dans les tribus urbaines. Les affranchis eux-mêmes furent, à diverses époques, traités comme des ingénus : on accorda cette faveur, mais seulement pendant peu de temps, à ceux qui avaient un fils âgé de cinq ans ou des fonds de

(1) Voy. *infra*, p. 557.
(2) Voy. sur le sens de ce mot, *supra*, p. 32.
(3) Suet., Claud., 24 : Appium Cæcum censorem, generis sui proauctorem, libertinorum filios in senatum allegi docuit, ignarus temporibus Appii et deinceps aliquamdiu libertinos dictos non ipsos qui manu emitterentur, sed ingenuos ex his procreatos.
(4) Liv., IX, 46 ; Diod., XX, 36. Cf. sur cette question très discutée, Voigt, *Ueber die Clientel und Libertinität*, 181 ; Mommsen, III, 422 (3²).

terre d'une valeur supérieure à trente mille sesterces. Il en était ainsi tout au moins en 586 (1).

II

DES DEVOIRS DU MARI ENVERS LA FEMME RÉPUDIÉE.

I. — D'après une loi attribuée à Romulus (2), la femme, répudiée en dehors de certains cas, avait droit à une part des biens du mari. On considère généralement cette disposition comme une peine infligée au mari; mais il n'est guère croyable qu'on ait, dès l'origine, limité le pouvoir du chef de famille comme magistrat domestique. Les restrictions mentionnées par les auteurs anciens concernent le droit qui lui appartient comme maître de maison ; c'est ainsi qu'il lui est interdit sous une peine très forte d'exposer ses enfants. Il y a là un exercice abusif du droit de propriété, et c'est par cette raison que Gaius justifie un rescrit d'Antonin le Pieux destiné à réprimer la cruauté des maîtres envers leurs esclaves (3).

L'attribution à la femme d'une portion des biens du mari ne saurait été considérée comme la sanction du tort qu'a eu le mari de répudier sa femme ; les exemples de répudiation dont le souvenir a été conservé prouvent qu'elle a toujours pour cause une faute de la femme. La répudiation ne pouvait d'ailleurs être prononcée qu'avec l'assistance du tribunal domestique, renforcé pour la circonstance par les cognats de la femme. Il y avait là des garanties sérieuses contre la partialité du chef de famille. La loi n'avait pas à prévoir une répudiation prononcée à la légère, pour une cause frivole.

Le législateur n'a donc pu avoir la pensée de punir le mari dans le cas où il répudie sa femme autrement que pour adultère, sortilège ou abus de confiance. Se plaçant dans l'hypothèse où la femme serait répudiée pour une cause sérieuse, il s'est préoccupé d'une question qui ne se posait pas dans les cas précités, parce qu'ils entraînaient ordinairement la peine de mort : il a voulu assurer à la femme répudiée des moyens d'existence. Cette disposition n'a pu être dictée par une raison d'intérêt public, pour donner à la femme le moyen de se remarier : les seconds mariages étaient vus avec défaveur ; anciennement, c'était un honneur pour

(1) Liv., XLV, 15.
(2) Voy. *supra*, p. 227, n. 1.
(3) Gaius, I, 52. Les Douze Tables admirent deux restrictions au pouvoir du magistrat domestique : *supra*, p. 159.

une femme de n'avoir eu qu'un mari. La protection accordée par la loi royale à la femme répudiée, en dehors des cas où elle avait commis un acte criminel, prouve à la fois son respect pour la femme et le prix que les Romains attachaient au maintien de la famille.

II. — Lorsque, pour la première fois, la répudiation fut prononcée pour des causes frivoles, la situation de la femme devint précaire. Étrangère depuis son mariage à la famille de son père, chassée de celle de son mari, à qui devait-elle demander de subvenir à ses besoins? Était-il juste que son père fût chargé de son entretien, alors qu'il avait remis au mari une dot destinée à y pourvoir? On songea à donner à la femme une garantie qu'elle ne trouvait plus dans le tribunal domestique. L'usage s'introduisit de confier à un arbitre le soin de tracer au mari ou au chef de sa famille les devoirs qu'il avait à remplir envers la femme répudiée, et d'en déterminer l'étendue.

Cet usage n'avait pas de raison d'être dans le cas où le mariage était dissous par la mort de la femme; il n'en avait pas non plus en cas de prédécès du mari : l'arbitre, de même que le censeur, n'avait rien à prescrire à ses héritiers, qui n'étaient pas tenus des devoirs attachés à sa qualité de père de famille (1).

Si le mari qui répudiait sa femme pour une cause grave devait, aux termes des lois royales, lui donner une partie de ses biens, à plus forte raison devait-il le faire, lorsque la répudiation avait eu lieu par caprice et sans qu'on eût rien à reprocher à la femme. L'usage était, dans ce cas, d'accorder à la femme une valeur équivalente au montant de sa dot (2).

On voulut empêcher le mari de s'enrichir en contractant successivement plusieurs mariages. Avec l'accroissement de la richesse générale, les dots étaient souvent considérables. Tandis que la fille de Cincinnatus passait pour un riche parti avec une dot de dix mille as, et qu'une certaine Megullia, dont la dot s'éleva à cinquante mille as, fut surnommée « la dotée » (3), Paul Émile reçut de sa femme une dot de vingt-cinq talents, et Scipion l'Africain (mort en 569) donna à ses deux filles une dot de cinquante talents (4).

Que si la répudiation était motivée par une faute de la femme, l'arbitre pouvait aller jusqu'à la priver entièrement de sa dot (5).

(1) Cf. *infra*, p. 498, n. 3.
(2) Ter., Hec., 500 : Renumeret dotem. Plaute, Stich., 203.
(3) Val. Max., IV, 4, 10.
(4) Polyb., XVIII, 18; XXXII, 13.
(5) Cat. ap. Gell., X, 23, 4 : *Multare dote*, par opposition à *condemnare*, dans

Entre ces deux partis extrêmes, il y avait une foule de nuances dont l'arbitre tenait compte pour attribuer à la femme une portion plus ou moins forte de sa dot; il était bien rare qu'on lui donnât une valeur égale. Lorsqu'il y avait des enfants nés du mariage, l'arbitre autorisait le mari à retenir une partie de la dot pour pourvoir à l'entretien des enfants.

Ce changement dans la situation de la femme répudiée se produisit après le divorce de Sp. Carvilius Ruga (1). «On rapporte, dit Aulu-Gelle, que pendant cinq siècles, il n'y eut à Rome et dans le Latium ni stipulations ni action *rei uxoriæ,* sans doute parce qu'il n'en était pas besoin, les mariages n'étant pas alors rompus par les divorces. Servius Sulpicius dit aussi, dans son livre sur la dot, que les stipulations *rei uxoriæ* n'ont paru nécessaires que lorsque Sp. Carvilius Ruga eut répudié sa femme. » Si le témoignage d'Aulu-Gelle, fondé sur l'autorité du jurisconsulte Servius, est irrécusable quant au fait qu'il raconte, la raison qu'il donne de l'introduction des stipulations et de l'action *rei uxoriæ* n'est pas rigoureusement exacte : il y eut des divorces à Rome avant le sixième siècle, par exemple le divorce de L. Annius en 447 (2).

Mais ces divorces, prononcés par un jugement du tribunal domestique, étaient toujours motivés par une faute grave de la femme. Lorsque, par suite de la corruption des mœurs, les chefs de famille cessèrent de prendre au sérieux leur rôle de magistrat, lorsqu'on les vit répudier, avec la connivence de leur conseil, des femmes à qui l'on n'avait rien à reprocher, alors se produisit le changement signalé par Aulu-Gelle. Essayons d'en déterminer la nature et la portée, en distinguant avec cet auteur l'action et les stipulations *rei uxoriæ.*

III. — En droit classique, il existe une action qualifiée *rei uxoriæ* (3). Mais à l'époque antérieure, et encore au temps de Cicéron, cette action était inconnue; il n'y avait qu'un *arbitrium rei uxoriæ* (4). A défaut d'une convention spéciale confirmée par une stipulation, il n'était pas permis d'agir en justice contre le mari en raison de la *res uxoria :* on avait seulement la faculté de s'adresser à un arbitre pour faire déterminer le quantum de la

le cas où la femme a commis un des crimes prévus par la loi de Romulus. Cf. Huschke, *Die* multa, 303. Plaute (Asin., IV, 1, 56) cite comme exemple d'une *multa* prononcée contre un esclave la privation de vin pendant vingt jours.

(1) Ce divorce eut lieu, suivant Aulu-Gelle (IV, 3), en 523. Cf. sur les variations des auteurs quant à la date, Czyhlarz, *Dotalrecht,* 38; Voigt, *Die* lex Mænia de dote, 1866, p. 36.

(2) Val. Max., II, 9, 2.

(3) Inst., IV, 6, 29.

(4) Cic., Top., 17; De off., III, 15.

somme que le chef de famille du mari devait payer à la femme répudiée.

Pour bien comprendre la portée de cette innovation, voyons ce qui se passait auparavant. Le chef de famille du mari, en même temps qu'il prononçait la répudiation, invitait la femme à reprendre ses apports dans la mesure par lui fixée. Comme dans tout autre cas, le magistrat domestique avait un pouvoir discrétionnaire qui n'était limité dans son exercice que par la crainte d'un blâme du censeur. Lorsque les divorces se multiplièrent, il devint plus difficile aux censeurs d'examiner toutes les affaires. De plus, ils n'exerçaient leurs fonctions que pendant dix-huit mois tous les cinq ans (1); dans l'intervalle, la femme pouvait souffrir de la décision inique prise à son égard par le chef de famille de son mari. Pour rendre le contrôle plus efficace, on le rendit plus immédiat; au lieu d'attendre que le censeur pût s'occuper de l'affaire, on prit l'habitude de soumettre la question à un citoyen choisi pour arbitre et qui faisait connaître au mari ce que ferait à sa place un homme de bien.

La décision rendue par cet arbitre avait-elle une valeur juridique? Nous ne le croyons pas. L'*arbitrium rei uxoriæ,* comme les autres *arbitria* qu'on rencontre à cette époque, n'a pas le caractère d'une action en justice; il n'est pas la sanction d'un droit garanti par l'État; il n'a d'autre objet que d'indiquer comment un honnête homme comprendrait son devoir dans l'espèce. La décision de l'arbitre n'a qu'une valeur morale, comme celle du censeur. Caton le donne à entendre lorsqu'il compare le rôle du juge en cette matière à celui du censeur (2).

Pour assurer à la femme un recours contre le mauvais vouloir de son mari, il fallait, lors de la constitution de la dot, avoir soin de faire promettre au chef de famille du mari de restituer, en cas de divorce, la valeur fixée par l'arbitre. Cette promesse devait être confirmée par une stipulation : c'était une *cautio rei uxoriæ* (3). Plus tard et vraisemblablement au temps d'Auguste (4), l'*arbitrium rei uxoriæ* fut transformé en une action civile (5), en

(1) Depuis la loi Æmilia de 320. Cf. MOMMSEN, II, 337.

(2) GELL., X, 23.

(3) BOETH., ap. CIC., loc. cit.

(4) Avant cette époque, l'*arbitrium rei uxoriæ* pouvait sans doute, comme les autres *arbitria*, prendre exceptionnellement le caractère d'une action en justice, mais il fallait l'accord des deux parties et l'agrément du préteur : l'*arbitrium* devenait un *arbitrium honorarium*. C'est ainsi qu'on peut expliquer la sentence rendue en 653 par C. Marius : chargé d'un commun accord entre les parties (*sumptus inter eos judex*) de juger une question de restitution de dot, il condamna le mari à payer à la femme répudiée une somme égale au montant de la dot. VAL. MAX., VIII, 2, 3.

(5) C'était une action *in bonum et æquum concepta.* (GAIUS, 4 ad Ed. prov., D.,

même temps que le devoir du mari envers la femme répudiée se transforma en une obligation proprement dite. Ce fut sans doute la conséquence de l'idée qui prévalut alors : on considéra comme une mesure d'intérêt public de sauvegarder la dot des femmes pour qu'il leur fût plus facile de se remarier (1).

IV. — On dit souvent que l'*arbitrium rei uxoriæ* a pour objet la restitution de la dot. Cette manière de voir ne nous semble pas exacte ; le nom même de cet *arbitrium* aurait dû suffire pour l'écarter. L'objet de l'*arbitrium,* c'est la *res uxoria*, c'est-à-dire les biens qui sont entrés dans le patrimoine du mari du chef de la femme (*uxoris nomine*) soit à titre de dot, soit par l'effet de la *manus* (2). La formule de répudiation prononcée par le magistrat domestique n'est pas moins caractéristique que la dénomination de l'*arbitrium* : *Tuas res tibi habetō,* dit le chef de famille. Ici encore, il n'est pas fait allusion à la dot.

D'autre part, c'est un principe fondamental de l'ancien droit, que la dot est livrée au mari à perpétuité (3). Elle n'a pas, comme de nos jours, une destination temporaire limitée à la durée du mariage ; elle doit rester au mari pour parvenir, par son intermédiaire, aux enfants nés du mariage. Sans le principe de la perpétuité de la dot, les enfants n'auraient pu profiter des biens de leur mère.

Aujourd'hui, les enfants succèdent *ab* intestat à leur mère aussi bien qu'à leur père : à Rome, ils n'ont la qualité d'héritiers domestiques que vis-à-vis de leur père ; vis-à-vis de leur mère, ce

IV, 5, 8.) Était-ce en même temps une action de bonne foi? SAVIGNY, *System,* II, 95, pense que ces deux qualités, bien qu'indépendantes l'une de l'autre, ne sont pas incompatibles. Pourtant l'action *rei uxoriæ* ne contenait pas la clause *ex fide bona*, mais les mots *quod ejus æquius melius erit.* L'usage des gens de bien, suffisant pour faire admettre le principe d'une indemnité à accorder à la femme, ne le serait pas pour en fixer la quotité. Cette évaluation est essentiellement arbitraire, et c'est cette indétermination qui caractérise les actions *in bonum et æquum conceptæ.* Nous croyons donc avec GIDE, op. cit., 517, que « cette action n'a pris place dans le cercle des actions de bonne foi qu'à l'époque où son caractère exceptionnel tendait à s'effacer, c'est-à-dire au déclin de la jurisprudence classique ».

(1) Certains auteurs pensent que l'action *rei uxoriæ* remonte au sixième siècle, et fut d'abord la sanction de la stipulation *rei uxoriæ* (HASSE, *Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht*, 1824, p. 211 ; ACCARIAS, II, 895) ; on aurait ensuite sous-entendu la stipulation. On admet plus généralement que la stipulation *rei uxoriæ* était sanctionnée par une action de droit strict, et que la création de l'action *rei uxoriæ* est postérieure. J.-E. LABBÉ, *De la dot* (App. au t. III d'Ortolan, p. 932) ; BECHMANN, *Dotalrecht,* 70 ; CZYHLARZ, 41 ; COGLIOLO, II, 84.

(2) Cf. BECHMANN, 38 ; CZYHLARZ, 41 ; VOIGT, II, 714. La distinction de *dos* et de *res uxoria* ressort de la rubrique de plusieurs feuillets des *Vat. fr.,* 94 et suiv. Le premier porte seulement les mots *ac dotibus,* les autres *de re uxoria.* Le titre général était certainement *de re uxoria ac dotibus.* Voy. une scholie des *Vat. fr.,* 108 : PAUL, lib. 8 Resp., titulo *De re uxoria.*

(3) Voy. *supra*, p. 230, n. 2.

sont des étrangers si elle est mariée *sine manu,* des agnats, si elle est mariée *cum manu.* Dans les deux cas ils n'ont aucun droit sur ses biens ; ils n'en profitent indirectement que si ces biens sont venus grossir le patrimoine de leur père et sont restés sa propriété jusqu'à sa mort. Aujourd'hui, la mère peut tester en faveur de ses enfants ; à Rome, elle est incapable de tester au profit de qui que ce soit, si elle est *alieni juris;* si elle est *sui juris,* son tuteur, ayant le devoir de veiller à la conservation des biens dans la famille, lui permettra difficilement d'en disposer au profit de ses enfants, qui appartiennent à la famille de leur père. Aujourd'hui, la mère peut faire une donation entre vifs à ses enfants ; à Rome, les enfants, incapables d'avoir un patrimoine, ne profiteraient pas de la donation : la propriété des biens donnés serait acquise à leur chef de famille.

Le but qu'on se propose en constituant une dot serait manqué si le mari était tenu de la restituer à la dissolution du mariage. La dot est destinée, non pas seulement à subvenir aux besoins du ménage, mais aussi à pourvoir à l'entretien et à l'établissement des enfants. Si la femme pouvait réclamer sa dot, les enfants seraient frustrés.

Mais si l'intérêt des enfants commande de laisser la dot au mari, l'intérêt de la mère exige qu'on ne la laisse pas sans ressource lorsqu'on la chasse de la maison sans avoir de faute à lui reprocher. Il faut lui assurer des moyens d'existence : tel est l'objet de l'*arbitrium rei uxoriæ.* Ce qui prouve bien que la somme accordée à la femme a le caractère d'un secours personnel, c'est que l'*arbitrium rei uxoriæ* ne fut d'abord admis qu'au cas de répudiation, et qu'il survit à la *capitis deminutio* (1). Si le mariage est dissous par le prédécès de la femme, l'*arbitrium* n'a plus de raison d'être, le mari ne doit rien aux héritiers (2). Si, au contraire, le mariage est dissous par le prédécès du mari, la veuve n'était pas, dans le principe, autorisée à demander un secours, car, de deux choses l'une : ou elle était sous la *manus* de son mari, et dans ce cas elle avait la qualité d'héritière domestique ; ou elle était mariée *sine manu*, et dans ce cas il était d'usage de lui laisser un legs pour subvenir à ses besoins (3).

(1) Gaius, 4 ad Ed. prov., D., IV, 5, 8, le dit de l'action *de dote;* c'était sans aucun doute un vestige d'une règle appliquée anciennement à l'*arbitrium rei uxoriæ.*

(2) Ulp., VI, 4.

(3) C'était le *legatum pro dote.* Le mari léguait à sa femme soit une somme d'argent qui pouvait être équivalente à la valeur de la dot, soit des corps certains. Lab., 2 poster. a Jav., Ep., D., XXXIII, 4, 6, 1 ; Proc., 6 Ep., D., XXXI, 48. Cf. Esmein, *Mélanges,* 44 ; Edouard Cuq, *Recherches historiques sur le testament* per æs et libram, 40.

La faculté reconnue à la femme de réclamer un secours imputable sur les biens qu'elle a apportés au mari, ne constitue pas un droit véritable : elle ne compte pas dans le patrimoine. La preuve en est que cette faculté appartient à la fille de famille qui est incapable d'avoir un patrimoine. Même à l'époque classique, alors que l'*arbitrium* est devenu une action civile, le père de la femme ne peut l'exercer sans le concours de sa fille.

On a prétendu cependant (1) que la prestation imposée au mari avait un caractère obligatoire, et que l'*arbitrium rei uxoriæ* était une atteinte à l'autorité du chef de famille. Cette obligation aurait pour fondement, d'une part, l'équité et l'humanité qui, à une époque où le mariage n'était parfois qu'un honteux trafic, exigeaient que le mari ne pût garder la dot en répudiant la femme ; d'autre part, l'intérêt de l'État, qui commandait de procurer aux femmes répudiées le moyen de contracter une nouvelle union en recouvrant leur dot.

Mais la raison d'intérêt public qu'on invoque n'apparut qu'à la fin de la République : elle a inspiré une série de réformes dues à Auguste ; elle se concilie surtout avec l'usage qui existait alors de constituer une dot réceptice. Reste la raison d'équité et d'humanité. En confiant ses biens au mari ou en lui remettant sa dot, la femme a compté qu'il subviendrait à ses besoins sa vie durant : il ne faut pas qu'elle soit déçue dans son attente et réduite à la misère. En conséquence, on a, dit-on, imposé au mari l'obligation de rendre à sa femme tout ou partie de la dot à titre de secours alimentaire. Cette conclusion est contestable. Le mari, ou, s'il est *alieni juris*, son chef de famille, est, en sa qualité de protecteur des membres de la famille, tenu de subvenir à leurs besoins : c'est un devoir qu'il doit remplir sous peine d'encourir le blâme du censeur. L'obligation que l'on prétend exister à sa charge, à partir du sixième siècle, ne contient rien de plus que ce devoir, qui est la conséquence de sa situation de père de famille. Il nous semble étrange de dire qu'on a porté atteinte à l'autorité du chef de famille en lui imposant un devoir qui lui incombait déjà à titre de père. On s'est borné à en assurer et à en régler l'accomplissement, sans en changer la nature.

Il ne dépendait pas de la jurisprudence de transformer un devoir de conscience en une obligation placée sous la garantie de l'État ; il fallait attendre que la coutume eût donné force de loi aux règles introduites par la pratique. L'*arbitrium rei uxoriæ*

(1) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 511.

s'est transformé à la longue en action *rei uxoriæ,* de même que le devoir du mari s'est changé en une obligation.

L'introduction de l'*arbitrium rei uxoriæ* au sixième siècle s'explique dès lors aisément. Le mari aurait pu soutenir que son devoir de subvenir aux besoins de sa femme prenait fin dès l'instant qu'elle ne faisait plus partie de la famille ; qu'il ne devait rien à la femme répudiée pas plus qu'à l'enfant qu'il avait chassé. Cette prétention fut écartée : il parut inadmissible qu'il dépendît du mari de se dégager, au gré de son caprice, de la responsabilité qu'il avait assumée, au jour du mariage, de pourvoir à l'entretien de sa femme (1).

Mais pourquoi ce devoir n'existe-t-il qu'à l'égard de la femme dotée ? Il semble en effet que le mari doive un secours à la femme qu'il répudie, sans distinguer suivant qu'elle a ou non une dot. S'il en est autrement, si tous les textes nous présentent la prestation imposée au mari comme une conséquence de la constitution d'une dot, cela tient à un trait particulier des mœurs romaines : aux yeux des Romains, il n'y avait pas de mariage sans dot. La présence d'une dot fait présumer le mariage ; l'absence d'une dot, le concubinat (2).

Au Bas-Empire, les idées se modifièrent sous l'influence du christianisme, le mariage cessa d'être considéré comme une affaire, comme un contrat de société qui exigeait un apport des deux parties intéressées. Aussi Justinien accorde-t-il un droit de succession *ab* intestat au conjoint pauvre, et spécialement à la femme (3) ; il établit également une quarte au profit de la femme pauvre répudiée sans motifs.

Nous n'avons pas à examiner en ce moment les extensions successives qu'a reçues l'*arbitrium rei uxoriæ* au profit de la veuve (4) et du père de la femme prédécédée, ni les règles consacrées par la jurisprudence, soit quant aux délais accordés au mari pour se libérer (5), soit quant aux retenues qu'il pouvait

(1) Il est probable que le père qui aurait chassé son fils sans cause grave aurait pareillement été forcé par le censeur à subvenir à ses besoins. Si l'on n'a pas pris de mesures spéciales en vue de ce cas, c'est qu'il devait être plus rare dans la pratique que la répudiation. D'ailleurs, le fils exclu de la famille devait le plus souvent être en état de gagner sa vie bien plus facilement qu'une femme.

(2) Voy. *supra*, p. 229.

(3) Nov., 53, c. 6 ; 117, c. 5.

(4) Voy. une décision rendue dans la première moitié du septième siècle par P. Mucius, au sujet de la dot de la veuve de C. Sempronius Gracchus. Jav., 6 ex post. Lab., D., XXIV, 3, 66 pr.

(5) Ces délais, fixés d'abord par l'arbitre, le furent ensuite par une loi inconnue antérieure à la loi Julia. Proc., 11 Epist., D., XXIII, 4, 17 ; Ulp., 33 ad Ed., D., XXIV, 3, 24, 3.

exercer et dont la quotité était déjà déterminée à la fin de la République (1).

Tout cela appartient à la période suivante. Qu'il nous suffise de dire, pour prévenir dès à présent une confusion, que la dot prit le caractère d'une dot temporaire, d'une sorte de prêt, à l'époque seulement où s'introduisit l'usage de stipuler la restitution de la dot. Cette stipulation, qui rendait le mari débiteur de la totalité de la dot, quelle que fût la cause de dissolution du mariage, diffère essentiellement de la stipulation *rei uxoriæ;* elle n'a pas, comme celle-ci, pour objet la somme fixée par l'arbitre; elle n'était pas non plus soumise aux règles sur la dot : on appliquait purement et simplement les règles qui gouvernaient la stipulation. C'est pour cela qu'il y a au Code de Justinien si peu de constitutions particulières à la dot.

La stipulation de dot avait lieu ordinairement au profit d'un tiers, rarement au profit de la femme. La dot dont on avait stipulé la restitution s'appelait « dot réceptice (2) ».

On remarquera qu'au point de vue de l'*arbitrium rei uxoriæ* les textes ne distinguent jamais, suivant que le mariage a eu lieu avec ou sans *manus*. Cela prouve que, même dans le mariage sans *manus,* le mari a des devoirs envers sa femme, et qu'il s'agit ici d'un devoir qui incombe au mari en qualité de chef de famille, et non à titre de maître de maison. D'autre part, après la création de l'action *rei uxoriæ*, l'existence de la *manus* ne fit pas obstacle à l'obligation du mari envers la femme, puisqu'au moment où cette obligation prenait naissance, celle du mari avait pris fin (3).

(1) Val. Max., VIII, 2, 3. Si l'on faisait au mari un devoir de subvenir, suivant l'usage des honnêtes gens, aux besoins de la femme répudiée, il était de toute justice que, de son côté, la femme se conformât à ces usages. Si donc, en prévision d'un divorce, ou au moment où il avait lieu, elle détournait certains biens du mari, l'arbitre autorisait celui-ci à en retenir la valeur sur la somme qu'il devait payer à la femme. Mais si la valeur des objets détournés était supérieure, la décision de l'arbitre eût été dépourvue de sanction, et le mari aurait subi un préjudice. La femme n'avait pas à craindre le blâme du censeur, qui n'était vraiment efficace qu'à l'égard des hommes. Le préteur jugea utile d'intervenir et de créer une action pour forcer la femme à rembourser au mari la valeur des objets : c'est l'action *rerum amotarum*. (Cf. Lenel, *E. P.*, 245.) On voit pourquoi cette action fut, pendant longtemps, donnée au mari contre la femme, sans réciprocité : vis-à-vis du mari, la décision de l'arbitre était suffisamment sanctionnée par la crainte d'un blâme du censeur. L'action *rerum amotarum,* de même que l'*arbitrium rei uxoriæ,* était possible même dans le mariage sans *manus.* La distinction proposée par Esmein, *Mélanges,* 30, ne s'impose plus, dès l'instant que l'on considère la femme, non pas comme ayant commis un vol, mais comme ayant cherché à se faire justice elle-même, contrairement à l'usage des honnêtes gens qui commande d'attendre la décision de l'arbitre. — On ignore à quelle époque remonte l'action *rerum amotarum :* elle existait tout au moins au temps d'Ofilius (Paul, 7 ad Sab., D., XXV, 2, 3, 3).

(2) Gaius, 8 ad Ed. prov., D., XXXIX, 6, 31, 2.

(3) Voy. Bechmann, 105; Gide, 515.

CHAPITRE V

Transformation de la notion de propriété.

L'appropriation des terres gentilices avait élargi la notion de la propriété : elle ne l'avait pas altérée. La propriété se caractérisait toujours par son affectation aux besoins naturels de la famille. Il en fut autrement lorsqu'on l'étendit à la fortune individuelle. Pour arriver à ce résultat, il fallait que le sentiment de la distinction du nécessaire et du superflu se fût obscurci dans l'esprit des Romains. Comment s'est produite cette perturbation dans les idées? Ce fut la conséquence des goûts de luxe et de bien-être qui s'introduisirent à Rome par l'effet de l'accroissement général de la richesse publique et privée.

Avec le goût du luxe et du bien-être, les besoins de la famille allèrent grandissant et ne purent être satisfaits à l'aide de la propriété familiale. On se créa des besoins factices. Le superflu devint une nécessité et perdit dès lors son véritable caractère.

En même temps, on s'habitua à estimer les choses en raison des jouissances qu'elles permettaient de se procurer. L'argent, en devenant un instrument général d'échange, devint aussi la commune mesure de la valeur des choses. La propriété familiale ne fut plus dès lors appréciée qu'en raison de sa valeur pécuniaire.

Ce ne fut pas sans de vives résistances qu'on réussit à assimiler la fortune individuelle à la propriété familiale. Longtemps les partisans des anciennes coutumes essayèrent de lutter contre les tendances nouvelles et de restreindre le développement de la richesse individuelle. En 387, la loi Licinia fixa à cinq cents arpents l'étendue maximum des dépendances du domaine public qu'un même citoyen pouvait occuper; elle limita à cent le nombre de têtes de gros bétail, à cinq cents le nombre de têtes de petit bétail qu'un citoyen pouvait envoyer dans les pâturages publics; elle défendit de convertir en prairies artificielles les terres de labour (1).

(1) Liv., VI, 35; App., B. civ., I, 8; Cat. in Gell., VI, 3; Varr., R. r., præf., 4. La date et le contenu de la loi Licinia ont été contestés par Niese, Hermes, 1888, XXIII, 410. Il est possible en effet qu'Appien et Plutarque aient attribué à cette loi des dispositions qui conviennent mieux au temps des Gracques, par exemple celle qui prescrit aux propriétaires d'employer un certain nombre d'hommes libres (*supra*, p. 378). Mais il ne nous paraît pas exister de raisons suffisantes pour reporter au

La défaveur qui s'attachait aux sénateurs qui se livraient au commerce est un vestige de l'esprit qui animait la famille romaine aux premiers siècles (1). Il en est de même du plébiscite rendu un peu avant 536, sur la proposition du tribun Q. Claudius, et qui défendit aux sénateurs d'avoir des navires de plus de trois cents amphores. C'est très suffisant, disait-on, pour transporter les fruits recueillis sur leurs terres (2).

Vains efforts! Le succès de la réaction fut éphémère. Les lois somptuaires qu'elle avait fait promulguer furent bien vite abrogées. L'auteur même de la loi Licinia fut condamné pour fraude à la loi qu'il avait fait voter (3). Caton, qui combattit avec tant d'énergie le luxe des femmes, fut le premier à éluder la loi Claudia et à faire des spéculations sur une vaste échelle. Au temps de Cicéron, ces prohibitions n'étaient plus qu'une lettre morte (4).

Le droit, image fidèle des mœurs, subit le contre-coup du changement profond qui s'était opéré. On jugea excessif de réserver le nom de propriété et la sanction de la revendication à des choses qui ne formaient plus qu'une part médiocre de la fortune des citoyens, et de les refuser à celles qui paraissaient tout aussi nécessaires à leurs besoins.

Les Romains des premiers siècles auraient été fort étonnés de voir leurs descendants dégénérés considérer le superflu comme une propriété aussi respectable que le nécessaire, et le droit couvrir de la même protection ce que l'intérêt individuel avait fait acquérir et ce qui formait de père en fils le patrimoine de la famille. C'est que les idées s'étaient complètement modifiées sur la fonction économique de la propriété. Au lieu de tout rapporter aux besoins de la famille et de voir dans ces besoins la mesure de la propriété que l'on pouvait acquérir, on conçut la pensée d'une propriété indépendante de toute affectation à ces besoins et qui, par suite, pouvait s'accroître indéfiniment, de même qu'elle pouvait avoir pour objet toute espèce de choses corporelles.

septième siècle la date de la loi et la règle sur l'étendue des *possessiones*, contrairement au témoignage de Tite-Live.

(1) Liv., XXI, 43.
(2) Liv., XXI, 63.
(3) Voy. *supra*, p. 180.
(4) Cic., 2ª in Verr., V, 18.

I

EXTENSION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ A LA FORTUNE INDIVIDUELLE.

Du jour où la propriété fut envisagée au point de vue de sa valeur pécuniaire, il n'y avait pas de motif pour refuser à la fortune individuelle le caractère de propriété. Dès lors le mot *pecunia* reçut une acception générale et désigna l'ensemble des biens appartenant à une même personne (1).

A quelle époque se produisit ce changement dans la notion de la propriété? Un passage de Cicéron fournit à cet égard une précieuse indication. Il nous apprend qu'un règlement pontifical, élaboré par Tib. Coruncanius, introduisit un principe nouveau pour déterminer à qui incomberait à l'avenir la charge du culte d'un chef de famille décédé. D'après ce règlement, le culte n'est plus une charge exclusive de l'hérédité, mais des biens en général (2). On peut donc supposer qu'au temps de Coruncanius tous les biens composant une hérédité étaient considérés comme des valeurs pécuniaires, et qu'on ne s'attachait plus à leur affectation aux besoins de la famille. Coruncanius ayant été grand pontife dans les premières années du sixième siècle, on peut dire que c'est vers la fin du cinquième siècle que la propriété fut envisagée comme une valeur pécuniaire.

C'est précisément l'époque où se placent deux faits qui ont dû contribuer à la transformation de la notion de la propriété : l'introduction de la monnaie d'argent en 486, et le développement des relations commerciales des Romains après la soumission complète de l'Italie.

Malgré l'assimilation établie à certains égards entre les biens patrimoniaux et la fortune individuelle, les Romains continuèrent à attacher aux premiers un prix tout particulier. Au temps même de Cicéron, on regardait comme honteux de les vendre, et les

(1) Festus, v° *Pecunia sacrificium :* Res fam(iliaris quam pecuniam nunc) dicimus. Porph., in Hor. Ep., I, 15, 46 : Pecunia, res familiaris. Ulp., 49 ad Sab., D., L, 16, 178 pr. : Pecuniæ verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora : nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri nemo est qui ambiget.

(2) Cic., De leg., II, 20 : « Sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege conjuncta. » Le mot *pecunia*, employé par Cicéron, a ici une signification tout à fait large, puisqu'il s'applique même aux biens réservés aux héritiers. Il désigne les biens patrimoniaux non moins que la fortune individuelle.

tribus rurales, où étaient inscrits les propriétaires fonciers, furent de bonne heure plus estimées que les tribus urbaines (1).

Lorsque la propriété fut considérée comme une valeur pécuniaire, on fut logiquement conduit à admettre que les biens composant la fortune individuelle seraient susceptibles de propriété quiritaire. Alors même que nous n'aurions aucun moyen de déterminer l'époque où les *res nec mancipi* purent former l'objet d'un droit de propriété, nous pourrions affirmer qu'elle est très voisine de la précédente, si même elle ne se confond pas avec elle. Mais il n'est peut-être pas impossible de prouver directement que, tout au moins au milieu du sixième siècle, les *res nec mancipi* pouvaient être usucapées et, par suite, être l'objet d'un droit de propriété.

Une loi Atinia décida que les *res subreptæ* ne pourraient être usucapées (2). La loi ajoutait : L'usucapion ne pourra avoir lieu tant que la chose ne sera pas rentrée au pouvoir de celui à qui elle appartenait (3). Cette loi ne devait pas s'appliquer aux choses que la loi des Douze Tables avait visées en prohibant l'usucapion des choses volées, sans quoi la loi nouvelle eût été inutile. Il y avait donc, au temps des décemvirs, des choses dans le commerce qui n'étaient pas susceptibles d'usucapion et, par suite, de propriété, et qui l'étaient devenues au temps de la loi Atinia : c'étaient les biens formant la *pecunia*. La loi Atinia eut pour but d'étendre à

(1) PLINE, H. n., XVIII, 3. Les Grecs sont arrivés bien plus tôt que les Romains à l'idée de la propriété individuelle. Cela tient à des causes que nous avons fait connaître (*supra*, p. 67), et en particulier à ce qu'ils ont de bonne heure reconnu la capacité du fils de famille. Le § 30 de la loi de Gortyne consacre le droit du fils de vendre les biens qu'il aura acquis par lui-même ou par l'effet d'un partage. Cf. BERNHÖFT, *Die Principien des europäischen Familienrechts* (Z. f. vgl. Rw., 1891, IX, 430). Mais au temps des poèmes homériques, la propriété foncière n'était pas complètement individualisée. Dans une étude qui a paru depuis la publication de notre premier fascicule (Nouv. Rev. hist., 1890, p. 821), ESMEIN a établi qu'il existait en Grèce une distinction analogue à celle que nous avons constatée dans la Rome antique. Les terres arables sont la propriété collective du dème ; la maison et l'enclos qui l'entoure représentent une propriété pleine et entière ; il en est de même des parcelles de terre attribuées au roi et à ceux qui rendaient au peuple de signalés services. Ce qui n'est pas moins caractéristique, c'est que la transition de la propriété collective à la propriété privative s'est opérée en Grèce comme à Rome : la propriété de chaque lot s'est consolidée par la désuétude des partages périodiques. Tout membre de la cité pouvait défricher une partie des terres vaines et vagues et l'enclore, et par là même il devenait propriétaire perpétuel de la terre qu'il avait mise en culture. De nos jours encore, chez un grand nombre de peuplades africaines, et même à Java, le défrichement est un des principaux modes d'acquérir la propriété, et la cessation de la culture la fait perdre. Voy. POST, *Afrikanische Jurisprudenz*, 1887, II, 168 ; DE LAVELEYE, Revue des Deux Mondes, 1885, LXX, 539 ; DARESTE, *Études*, 312.

(2) INST., II, 6, 2 : « Furtivarum rerum lex XII Tab. et lex Atinia inhibet usucapionem. »

(3) PAUL, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 6 ; SAB. et CASS. ap. PAUL, ad leg. Fuf. Can., D., L, 16, 215 ; JUL., 44 Dig., D., XLI, 3, 33 pr.

cette catégorie de choses la disposition des Douze Tables sur les choses volées.

Elle en fit autant sans doute pour la durée de la garantie contre l'éviction. Tant que les *res nec mancipi* ne furent pas susceptibles de propriété quiritaire, il ne pouvait être question pour ces choses ni de revendication ni d'éviction. Il en fut autrement lorsqu'elles purent être l'objet d'un droit de propriété. On a la preuve que la loi Atinia s'occupa de la garantie contre l'éviction. Aulu-Gelle a conservé la disposition de cette loi relative à la garantie, dans le cas où la chose aurait été volée : l'exercice du recours fut rendu perpétuel (1).

Bien qu'on ne puisse fixer avec certitude la date de la loi Atinia, il y a lieu de croire qu'elle est du milieu du sixième siècle. On connaît en effet trois membres de la *gens* Atinia qui furent préteurs, l'un en 554, l'autre en 564, le troisième en 566 (2). Très probablement cette loi fut proposée par C. Atinius Labeo, qui fut tribun de la plèbe en 557 et préteur pérégrin en 559.

II

CONSÉQUENCES DE CETTE EXTENSION.

La transformation de la notion de la propriété entraîna plusieurs conséquences :

1° Les *res nec mancipi* s'acquéraient anciennement sans le secours de la mancipation : on se contentait de les remettre de la main à la main. Cet usage fut conservé, et dès lors la tradition fit acquérir la propriété quiritaire des *res nec mancipi,* comme la mancipation pour les *res mancipi.* Un acte matériel eut la même efficacité qu'un acte solennel. Mais comme il ne portait pas en lui-même sa cause et qu'on ne pouvait dire *à priori* si, en faisant tradition, les parties avaient entendu transférer la propriété, la tradition devait en général être précédée d'un acte, tel que la vente, qui révélât la pensée des parties (3).

2° Anciennement le possesseur d'une *res nec mancipi* n'avait pas à craindre d'être évincé. Dès l'instant qu'on ne pouvait lui reprocher une rétention frauduleuse ou non justifiée de la chose, il était à l'abri de toute poursuite. Mais lorsque les *res nec mancipi* devinrent susceptibles de propriété quiritaire, le possesseur

(1) Gell., XVII, 2 : Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.
(2) Liv., XXXIII, 22; XXXVI, 45; XXXIV, 46.
(3) Paul, 31 ad Ed., D., XLI, 1, 31 pr.

de bonne foi fut, en sa seule qualité de détenteur, exposé à l'action en revendication du propriétaire.

3° L'usucapion, qui n'avait pas de raison d'être pour les *res nec mancipi* tant qu'elles ne furent pas l'objet d'une propriété véritable, put désormais être invoquée par le possesseur de bonne foi pour se défendre contre la revendication de l'ancien propriétaire.

4° Tant que l'éviction ne fut pas possible, il n'y eut pas lieu de ménager à l'acquéreur de bonne foi un recours en garantie contre son vendeur. Plus tard, il fallut s'en préoccuper, et comme l'acte matériel de la tradition ne conférait pas un droit à la garantie, droit qui était une conséquence de la mancipation, il fallut la faire suivre d'une stipulation spéciale pour obtenir, en cas d'éviction, le double du prix d'achat.

5° L'une des conséquences principales de l'assimilation de la fortune individuelle à la propriété familiale se produisit dans la matière de l'hérédité. Étendre aux biens patrimoniaux la faculté, consacrée par les Douze Tables, de léguer la fortune individuelle, c'eût été rendre inutile le testament. Nous verrons comment les Romains ont résolu la question en admettant la liberté de tester, quelle que fût la nature des biens, mais en subordonnant toutes les dispositions testamentaires à l'institution d'un héritier.

6° L'interdiction du prodigue, qui primitivement avait pour but d'empêcher de dissiper les biens patrimoniaux, ne tarda pas à s'appliquer à la fortune individuelle.

7° L'assimilation de la fortune individuelle à la propriété familiale eut pour effet de rendre communes aux *res mancipi* et aux *res nec mancipi* les voies de procédure jusqu'alors réservées aux unes ou aux autres. En même temps que la revendication fut accordée au propriétaire d'une *res nec mancipi*, l'action *ad exhibendum* fut étendue au propriétaire d'une *res mancipi*. Cette multiplicité d'actions pour atteindre un résultat souvent identique ne laissa pas que d'embarrasser certains jurisconsultes de l'époque impériale, qui ne se rendaient pas compte des raisons qui les avaient fait introduire.

8° Enfin, une conséquence médiate de l'innovation que nous venons de signaler fut la création de l'action publicienne.

III

L'ACTION PUBLICIENNE.

I. — Tant que les *res nec mancipi* ne furent pas susceptibles de propriété quiritaire, il suffisait de prouver qu'on en avait

payé le prix ou qu'on les avait acquises à titre de dot, par occupation ou par tradition, pour être autorisé à les réclamer aux tiers qui les retenaient frauduleusement ou sans cause. On n'avait pas besoin de prouver qu'on les avait soi-même acquises d'une personne ayant le pouvoir de les aliéner. Il y avait là une règle très pratique et bien propre à favoriser les relations commerciales : elle prévenait des contestations difficiles à juger pour des marchandises qui changent souvent de mains et dont il n'est pas facile de retrouver, quand on en a besoin, les propriétaires successifs.

Cette règle n'avait d'ailleurs qu'une portée limitée : elle demeurait inefficace vis-à-vis des tiers qui avaient un droit égal à celui du précédent acquéreur, par exemple qui avaient eux-mêmes acheté la chose et payé le prix. Le droit sur les *res nec mancipi* n'était protégé que par les actions de vol ou par l'action *ad exhibendum*. Cette dernière action était une action personnelle ; elle ne pouvait être utilement exercée que contre le détenteur qui, sans avoir de droit sur la chose, empêchait celui à qui elle appartenait de l'enlever (1). Le progrès du droit consista à considérer l'acquisition de la chose comme conférant un droit réel opposable à tous, sous réserve du droit du propriétaire lorsqu'on n'avait pas traité avec lui. Voici comment on est arrivé à ce résultat.

Lorsque la notion de propriété eut été étendue aux *res nec mancipi*, on se demanda si l'on ne pourrait pas conserver à l'acheteur de bonne foi le bénéfice de la règle antique, tout en lui permettant de se prévaloir du droit réel qu'on lui reconnaissait sur la chose. Pour atteindre ce but, il y avait un moyen bien simple : autoriser l'acheteur à exercer par anticipation la revendication, comme si son droit avait été consolidé par l'usucapion, mais en réservant le droit du véritable propriétaire. C'est ce que fit le préteur Publicius : il proposa une formule en vertu de laquelle l'acheteur de bonne foi, qui avait perdu la possession de la chose, était admis à la réclamer, comme s'il était devenu propriétaire en vertu de la tradition qui lui avait été faite et avant l'expiration du délai de l'usucapion (2).

Divers textes prouvent que l'action publicienne visait spéciale-

(1) *Rem tollere*. Jul., 54 Dig., D., XIX, 1, 25. Voy. *supra*, p. 93.

(2) Sur l'action publicienne, tout est controversé. Cela tient à ce que les textes manquent ou ont subi des altérations, et qu'on n'a pas la ressource de tirer des inductions du droit comparé. Dans un livre où nous cherchons surtout à donner des résultats, nous serons très sobre de développements. Nous n'avons pas d'ailleurs à examiner en ce moment les questions qui se rattachent à l'application que la publicienne a reçue en droit classique.

ment l'acheteur de bonne foi (1). Qu'était-ce qu'un acheteur de bonne foi au temps de Publicius? Le texte de l'Édit, tel qu'il est rapporté au Digeste (2), a fait croire qu'il s'agissait d'un acheteur qui avait traité avec un non-propriétaire dans la croyance qu'il était le véritable propriétaire. La bonne foi était, en effet, à cette époque comme en droit classique, nécessaire à cet acheteur pour acquérir la propriété par usucapion. Mais il est douteux qu'au temps où vivait Publicius, c'est-à-dire vraisemblablement au sixième siècle de Rome, la théorie de la bonne foi en matière d'usucapion ait déjà été élaborée par la jurisprudence. Dans la vente, comme dans tous les actes donnant lieu à un arbitrage, la bonne foi consistait, à cette époque, à se conformer à l'usage des honnêtes gens.

La bonne foi avait alors une portée plus large qu'en droit classique : il ne suffisait pas, pour être admis à invoquer la Publicienne, d'avoir cru que le vendeur était propriétaire, il fallait s'être, en tout point, comporté comme il convient à un honnête homme. Il y avait là un criterium un peu vague qui pouvait suffire dans un arbitrage, mais non devant un tribunal. Les jurisconsultes classiques jugèrent utile de poser une règle précise, et se mirent d'accord pour faire porter l'examen du juge de l'action publicienne sur un seul point, sur l'erreur commise par l'acheteur qui a cru le vendeur propriétaire (3).

Publicius avait été plus exigeant. De son temps, la vente n'avait

(1) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 3, 1 : Et non solum emptori bonæ fidei competit Publiciana, sed et aliis ;... 7, 11 : Prætor ait : Qui bona fide emit; non igitur omnis emtio proderit, sed ea quæ bonam fidem præbet. Nerat., 3 Membr., eod., 17 : Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur... sed ut is qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Dans Ulp., 7, 11, les mots *qui bona fide emit* n'ont pas été détachés de l'Édit, sans quoi le préteur se serait exprimé au futur : *Qui bona fide emerit*, ou *emisse dicetur*. (Cf. Lenel, II, 512.) Le fragment où ces mots sont rapportés et les fragments qui suivent sont extraits de la formule de l'action publicienne. (Cf. Edouard Cuq, l'*Édit publicien*, 1878, p. 10.) Il est probable, d'ailleurs, que la formule était ainsi conçue : *Quem A' A' bona fide emit*.

(2) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 1 pr. : Ait Prætor : *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo*.

(3) Cette interprétation des mots *qui bona fide emit* a été proposée par Brinz, *Zum Recht der* bonæ fidei possessio, 1875, p. 83 et suiv.; elle a été accueillie par Hartmann, Kr. Vschr., XVIII, 164; Bechmann, *Der Kauf*, I, 388 ; Erman, Z. Sav. St., 1890, p. 236. Elle est confirmée par un texte de Julien (2 ex Minicio, D., XLI, 4, 8) dans lequel on trouve la trace de l'opinion ancienne qui comptait encore quelques partisans. La question posée était celle de savoir si l'on peut considérer comme étant de bonne foi celui qui achète une chose à une personne, sachant très bien que cette personne va aussitôt dissiper l'argent. Julien constate que, d'après la plupart des jurisconsultes, on ne peut pas être de mauvaise foi dès l'instant que l'on traite avec le véritable propriétaire. L'opinion adverse consistait donc à soutenir qu'il n'est pas honnête de favoriser la dissipation d'un citoyen, en lui fournissant un moyen de se procurer par une vente un argent dont il va faire un mauvais usage.

aucune valeur juridique; mais lorsqu'elle avait été conclue suivant l'usage des honnêtes gens, elle avait, aux yeux des bons citoyens, une valeur morale assez grande pour que le préteur eût pris sur lui de lui attribuer certains effets. En cela, d'ailleurs, il suivit l'exemple donné par les décemvirs, qui protégeaient contre toute réclamation l'acheteur qui avait reçu tradition de la chose et payé son prix (1).

II. — L'action publicienne fut-elle restreinte dans le principe aux *res nec mancipi?* Il paraît probable que Publicius ne fit pas de réserves à cet égard : il n'y avait pas de motif pour refuser à l'acheteur de bonne foi d'une *res mancipi* la faveur qu'on accordait à l'acheteur d'une *res nec mancipi*.

La formule publicienne s'appliqua sans difficulté, et *à fortiori*, à l'acheteur d'une *res mancipi* qui avait traité avec le véritable propriétaire. Cela n'est dit explicitement par aucun texte, et il ne faut pas s'en étonner. La distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* n'existant plus sous Justinien, les compilateurs ont dû supprimer toute allusion à une règle spéciale aux *res mancipi*. On ne peut cependant mettre en doute cette seconde application de la Publicienne : elle est confirmée par un passage de Gaius. Ce jurisconsulte déclare que la Publicienne appartient à toute personne qui, ayant acquis une chose en vertu d'une juste cause, vient à perdre la possession avant d'avoir usucapé. Or, Gaius dit ailleurs que l'usucapion est nécessaire non seulement à celui qui a acquis de bonne foi d'un non-propriétaire, mais aussi à celui qui a acquis par simple tradition une *res mancipi* du véritable propriétaire (2).

L'absence de mancipation ne pouvait plus être une objection décisive depuis qu'on s'était habitué à voir dans la tradition un mode de transférer la propriété quiritaire pour des choses qui souvent avaient autant et plus de valeur que les *res mancipi*. D'ailleurs, la tradition d'une *res mancipi* servait de point de départ à l'usucapion; ici, comme dans le cas précédent, on se bornait à anticiper les effets de l'usucapion.

Cette application de la mancipation fut admise d'autant plus aisément que les formes de la mancipation s'accommodaient mal aux besoins du commerce, particulièrement au commerce des esclaves, qui avait pris au sixième siècle un grand développement.

(1) Voy. *supra*, p. 268.

(2) Gaius, IV, 36; II, 41, 43. Cf. Edouard Cuq, op. cit., 11, qui tire argument d'Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 2. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I, 43, invoque Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 32; mais ce texte n'est pas probant, car l'acheteur a traité avec un *non dominus* qui, plus tard seulement, est devenu l'héritier du propriétaire.

Au lieu d'y voir, comme autrefois, une garantie pour la sécurité du propriétaire, on les envisageait comme des entraves dont on chercha à se débarrasser. La tradition avait de plus l'avantage d'être accessible aux pérégrins non gratifiés du *commercium*.

La formule publicienne reçut ainsi deux applications distinctes : elle fut accordée à l'acheteur de bonne foi qui avait reçu tradition d'une *res nec mancipi* ou *mancipi* d'un non-propriétaire, puis à l'acheteur d'une *res mancipi* qui en avait reçu tradition du véritable propriétaire.

III. — On ne s'en tint pas là. Généralisant la pensée qui avait inspiré la formule publicienne, on en fit une règle édictale, et l'on promit la Publicienne à celui qui aurait reçu tradition d'une chose en vertu d'une juste cause, et non plus seulement en vertu d'une vente (1).

En résumé, l'album des préteurs, mis en ordre par Julien, contenait, d'après le commentaire d'Ulpien, une formule et un édit sur notre matière : la formule visait le cas particulier d'un acheteur de bonne foi ; l'édit avait une portée générale et s'appliquait à toute personne qui avait acquis une chose quelconque par simple tradition et en vertu d'une juste cause (2).

Mais comment Julien a-t-il conservé dans l'Édit perpétuel l'antique formule, spéciale à l'acheteur de bonne foi, alors que

(1) L'existence d'un édit en cette matière est attestée par Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 1 pr. ; mais on n'en connaît pas la teneur d'une façon certaine. Le texte rapporté au Digeste paraît avoir été remanié par les compilateurs ; il s'applique exclusivement à la tradition faite par un non-propriétaire en vertu d'une juste cause, et ne fait pas la moindre allusion au cas particulier de la tradition d'une *res mancipi* faite par le véritable propriétaire. Aussi s'accorde-t-on à penser que les mots *non a domino* ne figuraient pas dans l'Édit. Il est facile d'expliquer l'addition de ces mots : Justinien ayant abrogé l'antique distinction du domaine quiritaire et de l'*in bonis* (C. J., VII, 25, 1), l'action publicienne s'appliquait en règle générale au cas d'une tradition faite par un non-propriétaire ; dans des cas très rares, elle était donnée pour une tradition faite par le véritable propriétaire. C'est pour mettre les termes de l'Édit d'accord avec la législation en vigueur de son temps que Tribonien a jugé à propos d'insérer dans le fragment d'Ulpien les mots *non a domino*. — Un point sur lequel on n'est pas d'accord est celui de savoir si l'édit supposait une tradition ou une mancipation, ou bien l'une ou l'autre indifféremment. Appleton, qui avait d'abord pensé que l'Édit visait le cas d'une tradition (Nouv. Rev. hist., 1885, p. 505), croit aujourd'hui qu'il visait également la mancipation (I, 67, 87). Contra, Schirmer, Kr. Vschr., xxxii, 485.

(2) On discute depuis longtemps la question de savoir s'il y a eu une ou deux formules publiciennes, l'une pour celui qui avait acquis une *res mancipi* par simple tradition, l'autre pour celui qui avait acquis une chose quelconque d'un non-propriétaire ; si elles ont été proposées en même temps ou successivement ; si elles étaient accordées à toute personne qui avait acquis en vertu d'une juste cause ou seulement à l'acheteur ; s'il y a eu un ou deux édits. Cf. en sens divers : Lenel, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts*, 1878, p. 53, qui a modifié son opinion dans *Palingenesia*, II, 511 ; Appleton, I, 49 et suiv., qui admet l'unité de la formule et de l'édit ; Erman, *Beiträge zur* Publiciana. (Z. Sav. St., 1890, p. 249.) Nous reproduisons, en la précisant, l'opinion que nous avons soutenue dans l'*Edit publicien*, p. 11 à 14.

depuis longtemps, sinon dès l'origine, on l'avait appliquée à l'acheteur qui avait traité avec le véritable propriétaire, et que l'Édit même, reproduit par Julien, avait une portée générale? Si étrange qu'elle paraisse, cette façon de procéder n'est pas sans exemple; il y a d'autres cas où dans l'Édit perpétuel on remarque la spécialité de la formule à côté de la généralité de l'édit (1). Le maintien de la formule publicienne s'explique d'autant mieux qu'elle avait conservé le nom de son auteur, ce qui donne à penser qu'elle avait traversé les siècles sous sa forme primitive : Julien n'a pas osé la retoucher.

A quelle époque remonte la formule de l'action publicienne? Nous n'avons aucun élément qui permette de résoudre la question avec quelque certitude. La plupart des auteurs pensent qu'elle est du sixième siècle : cette conjecture concorde très bien avec l'opinion que nous avons indiquée, et qui voit dans la création de cette action une conséquence médiate du changement survenu dans la notion de la propriété (2).

IV

L'*IN BONIS*.

La création de la publicienne eut pour effet de mettre l'acheteur de bonne foi, qui avait reçu tradition d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi,* dans une situation analogue à celle d'un propriétaire quiritaire. Mais comme il ne possédait pas la chose d'après le droit des Quirites, on désignait son droit en disant que la chose était « dans ses biens » (*in bonis*). En fait, il jouissait de tous les avantages de la propriété ; il était même protégé, comme le propriétaire, par une action réelle. Mais son droit était plus fragile : tant qu'il n'avait pas été consolidé par l'usucapion, il courait le risque d'être mis à néant par une revendication exercée par le propriétaire quiritaire.

(1) L'édit *ne quid infamandi causa fiat* est général; la formule est spéciale. (Ulp., 77 ad Ed., D., XLVII, 10, 15, 25; Paul, De injuriis, *Coll. leg. mos.,* II, 6, 5.) L'édit sur le dépôt est général (Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 1) ; la formule *in factum* est spéciale. Gaius, IV, 46. Cf. Lenel, *E. P.,* p. ix.

(2) Si la Publicienne est du sixième siècle, l'Édit qui en a étendu l'application à toute acquisition faite en vertu d'une juste cause est vraisemblablement d'une époque plus récente. C'est aussi l'avis de Lenel, II, 511; mais il pense que l'Édit concernait l'acquéreur d'une *res mancipi.* Il se fonde sur ce que les fragments du commentaire d'Ulpien qui suivent la transcription du texte de l'Édit se rapportent au cas où l'acheteur a traité avec le propriétaire. Mais dans un de ces passages (3, 1) Ulpien parle d'un acheteur de bonne foi, par suite d'une personne qui a traité avec un non-propriétaire.

Ce danger ne menaçait d'ailleurs d'une manière très réelle que celui qui avait acquis la chose d'un non-propriétaire. Celui au contraire qui, traitant avec le véritable propriétaire d'une *res mancipi,* l'avait acquise par simple tradition, pouvait, en droit classique, se défendre par une exception *rei venditæ et traditæ.* De même si, exerçant la publicienne contre le propriétaire quiritaire qui avait recouvré la possession de sa chose, celui-ci excipait de sa qualité et lui opposait l'exception *justi dominii,* il pouvait paralyser cette exception par une réplique *rei venditæ et traditæ.* Mais au sixième siècle, ces exceptions étaient-elles déjà consacrées par l'Édit ? Il est très douteux qu'on ait d'aussi bonne heure abandonné la règle de l'unité de question posée au juge (1).

L'acheteur de bonne foi était protégé d'une autre manière : si le propriétaire s'avisait de revendiquer la chose qu'il avait livrée et dont il avait touché le prix, le préteur pouvait refuser de laisser accomplir les solennités de l'action de la loi (2) ; sinon l'acheteur avait la ressource d'agir en garantie contre son vendeur en vertu de la stipulation du double. En sens inverse, le propriétaire qui aurait recouvré la possession de sa chose, vendue et livrée par un tiers, succomberait si l'action publicienne était dirigée contre lui ; mais il lui resterait la faculté d'agir en revendication.

La création des exceptions *rei venditæ et traditæ, justi dominii* eut donc pour effet de simplifier la procédure plutôt que de fournir aux intéressés une protection qu'ils obtenaient déjà sous une autre forme.

En sanctionnant par une action réelle l'acquisition d'une *res mancipi* par simple tradition, le préteur introduisit dans la législation un principe nouveau d'une portée considérable. Pour la première fois l'autorité publique accordait sa protection à un état de fait qui n'avait été ni placé solennellement sous la garantie des Quirites, ni reconnu par les Douze Tables. Le préteur estima qu'il était d'intérêt public de donner une consécration judiciaire à cet état de fait, en attendant que l'on pût invoquer le droit fondé sur l'usucapion. Un acte sans forme suffit à motiver l'intervention du magistrat, pourvu que cet acte ait eu lieu en exécution d'un achat de bonne foi. C'était un premier pas fait dans

(1) Ihering, IV, 53 ; Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen,* 1876, p. 43. Voigt, IV, 467, pense au contraire que l'exception *rei venditæ et traditæ* est plus ancienne que la publicienne ; elle ne peut, d'après lui, être contemporaine, sans quoi elle s'appellerait « exception publicienne » ; elle ne peut être postérieure, car, sans cette exception, la protection accordée par Publicius serait illusoire.

(2) Val. Max., VII, 7, 5 : Heredes lege agere passus non est.

la voie de l'abandon du formalisme; c'était la substitution de la protection du magistrat à celle des Quirites, qui n'était guère effective depuis que l'État avait grandi aux dépens des *gentes*. Pour le propriétaire qui avait vendu et livré une *res mancipi*, le droit des Quirites n'était plus qu'un droit dépouillé de tous ses avantages (*nudum jus*), un vain titre qu'on lui conservait par respect pour de vieilles traditions (1).

Il n'est d'ailleurs pas probable que Publicius ait eu la pensée de modifier le droit civil. On s'explique bien son intervention pour régler la situation des acheteurs successifs d'une *res nec mancipi*. Dès qu'il s'agissait d'une chose qui ne formait pas anciennement l'objet de la propriété quiritaire, le préteur avait toute latitude pour poser une règle conforme aux exigences de la pratique. Il s'est trouvé que la règle pouvait être invoquée par l'acheteur d'une *res mancipi* qui avait acquis par simple tradition, et que, par voie de conséquence, on a considéré cet acheteur comme ayant un droit réel parce qu'il avait une action réelle.

Le préteur n'a pas été plus loin : il n'a pas donné à l'acquéreur par tradition d'une *res mancipi* le titre de propriétaire. C'est la jurisprudence qui, plus tard, a reconnu que celui qui avait un droit opposable à tous méritait le nom de propriétaire. Du jour où l'on a eu conscience de cette vérité, on a pu dire qu'il y avait à Rome pour les *res mancipi* deux sortes de propriétés : l'une qui s'acquérait par des modes solennels, l'autre par des modes non solennels (2). Les auteurs modernes ont coutume de désigner cette seconde sorte de propriété en l'appelant « propriété bonitaire » ou « propriété prétorienne ».

La qualité de propriétaire bonitaire n'a pas été restreinte à l'acquéreur par tradition d'une *res mancipi* : on l'a étendue aux personnes qui recueillaient une succession en vertu de l'édit prétorien (*bonorum possessio*), à celles qui achetaient en bloc les biens d'un débiteur, saisis et vendus par ses créanciers (*bonorum*

(1) Dans un cas seulement, ce titre conservait son efficacité : le propriétaire quiritaire pouvait seul, en affranchissant son esclave, faire de lui un citoyen; mais il ne pouvait l'affranchir au préjudice de celui qui avait l'esclave *in bonis*. L'acheteur de bonne foi pouvait donner à l'esclave la liberté en fait, mais non en droit. Arg. GAIUS, I, 168.

(2) GAIUS, II, 41 : « Divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. » C'est l'opinion communément admise. APPLETON, op. cit., I, 12, pense que l'on doit également qualifier propriétaire le possesseur de bonne foi, bien qu'il n'ait pas, comme l'acquéreur par tradition d'une *res mancipi*, un droit absolu, opposable à tous, mais seulement un droit relatif qui doit céder devant celui du propriétaire. Cette conception nouvelle est adoptée par AUDIBERT (Nouv. Rev. hist., 1890, p. 272); elle est rejetée par ERMAN, Z. Sav. St., XI, 214; SCHIRMER, Kr. Vschr., XXXII, 483; BUONAMICI, Archiv. giur., XLIII, 207; BREZZO, eod., 267.

emptio). Il en fut de même dans les cas où un décret du préteur conférait la possession *ad usucapionem* (1).

V

DES RESTRICTIONS A LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE.

Les restrictions conventionnelles au droit de propriété, que l'on a dans la suite appelées servitudes, ont reçu dans notre période un développement assez important. Ce sont particulièrement les servitudes urbaines qui se sont multipliées. L'accroissement de la population, au cours du sixième siècle, avait décidé les propriétaires à tirer tout le parti possible des terrains qu'ils avaient à l'intérieur de la ville, soit en élevant la hauteur de leurs maisons, soit en profitant d'une tolérance des magistrats pour construire sur l'espace que les Douze Tables prescrivaient de laisser libre autour des maisons (*ambitus*). Au lieu d'être séparées les unes des autres, comme des îles, bien des maisons eurent des murs mitoyens (2). Ce changement dans le mode de construction fit naître entre les propriétaires voisins des rapports dont on n'avait pas eu l'idée jusque-là. Ce fut la cause déterminante de la création des nouvelles servitudes.

Anciennement les maisons étaient recouvertes d'un toit à double ou quadruple pente, dont les eaux s'écoulaient sur la rue, la cour et l'*ambitus*. Lorsque l'*ambitus* était supprimé, il fallait obtenir des voisins le droit d'envoyer chez eux une partie des eaux qui découlaient des toits latéraux : la servitude portait le nom de *stillicidium*. Si l'on ne parvenait pas à s'entendre avec les voisins, ou si la constitution de la servitude n'était pas possible, parce qu'eux-mêmes avaient une construction contiguë, il fallait modifier la toiture pour faire déverser les eaux par l'ouverture pratiquée au centre, et qui autrefois servait seulement à donner du jour (*compluvium*). Ces eaux tombaient directement dans un bassin situé au-dessous (*impluvium*); mais on courait le risque d'être envahi lorsque, l'eau tombant en abondance, l'*impluvium* ne suffisait plus à la contenir.

La servitude *fluminis* a également pour objet l'écoulement des eaux; mais ici l'eau, au lieu de tomber goutte à goutte, est

(1) GAIUS, III, 80; PAUL, 18 ad Ed., D., IX, 4, 26, 6; voy. *supra*, p. 354. Sur les autres cas d'*in bonis* admis à l'époque impériale, voy. RIBÉREAU, *Théorie de l'*in bonis habere, *ou de la propriété prétorienne,* 56.

(2) PLAUT., Mil., II, 1, 64.

recueillie par un conduit et coule dans le fonds du voisin. Cette servitude était particulièrement utile pour les eaux ménagères lorsqu'on ne pouvait les diriger vers un égout (1).

Avant de construire des murs mitoyens, les Romains cherchèrent à utiliser l'*ambitus* en le couvrant simplement d'un balcon qui s'appuyait tantôt sur le mur du voisin, tantôt sur des colonnes élevées sur son terrain. Ce fut là vraisemblablement le point de départ de la servitude d'appui (*oneris ferendi*) (2).

Lorsqu'un balcon ou une toiture, sans s'appuyer sur le mur du voisin, avance sur son terrain, il y a une servitude particulière appelée *projiciendi* (3).

Dans l'intérieur des maisons, les chambres, situées du côté opposé à la partie centrale éclairée par le *compluvium*, ne prenaient jour que par des fenêtres ouvertes dans les murs latéraux. Lorsque ces murs étaient séparés de la maison voisine par la largeur de l'*ambitus*, il y avait intérêt pour le propriétaire à obtenir du voisin la servitude *luminum* pour qu'il n'empêchât pas la lumière de pénétrer en élevant sa construction au-dessus d'une certaine hauteur (4).

L'introduction de ces nouvelles restrictions au droit de propriété ne tarda pas à amener un changement dans la conception des servitudes : il était difficile de confondre ici le droit avec son objet. Il fallut également fournir au propriétaire du fonds dominant le moyen d'empêcher le propriétaire du fonds servant de faire des travaux de nature à porter atteinte à la servitude (5).

Nous aurons à déterminer, en étudiant la période suivante, comment les Romains ont conçu les servitudes, et de quelle manière

(1) Varr., L. l., V, 5, 27 : Lege prædiorum urbanorum scribitur : Stillicidia fluminaque ut ita cadant fluantque... Stillicidium, eo quod stillatim cadit ; flumen, quod fluit continue.

(2) Festus, v° *Mæniana* ; Non., eod. Voy. *supra*, p. 484, n. 2.

(3) P. Muc. ap. Cic., Top., 4.

(4) Cic., De or., I, 39 ; De har., 15 ; Vitr., I, 1, 10.

(5) La dénonciation de nouvel œuvre trouva ici sa principale application. Il est possible cependant qu'elle ait été antérieurement usitée pour protéger les restrictions légales au droit de propriété (*supra*, p. 275). En général, on considère la dénonciation de nouvel œuvre comme une action de la loi, dont on ignore d'ailleurs la forme, et qui servait à faire valoir le *jus prohibendi* du titulaire de la servitude ; elle l'autorisait peut-être à se faire justice lui-même (Bekker, *Aktionen*, I, 46 ; Karlowa, *Beiträge*, 59 ; Schott, *Das* jus prohibendi *und die* formula prohibitoria, 1889, p. 14). Voigt, II, 630, pense que l'ancien droit n'a connu qu'une seule forme de protestation (*lapilli jactus*) qui autorisât l'exercice d'une action prohibitoire. La dénonciation de nouvel œuvre serait une forme plus récente qui daterait de la fin de la République (Arg. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 1, 7). Stölzel, *Lehre von der* o. n. n. *und dem* Interd. quod vi aut clam, 1865, p. 116, y voit une institution d'origine prétorienne. Cf. Burckhard, suite de Glück (liv. 39-40), I, 9 ; Wlassak, *Röm. Proc.*, 258.

ils ont sanctionné les divers droits compris sous cette dénomination.

CHAPITRE VI

L'hérédité.

Dans la période qui nous occupe, nous avons à signaler d'importants changements dans la matière de l'hérédité. Les uns touchent à la notion même de l'hérédité, les autres aux conditions de fond et de forme requises pour la délation de l'hérédité. La transformation de la notion d'hérédité, l'introduction de la liberté de tester, la fusion du testament comitial et du testament par mancipation sont les principaux faits qui caractérisent cette époque. Nous aurons à rechercher les causes et à déterminer les conséquences de ces changements, particulièrement au point de vue de la subordination de toutes les dispositions de dernière volonté à l'institution d'héritier, de la nature et de l'étendue du droit des agnats, du caractère de l'usucapion *pro herede*.

I

TRANSFORMATION DE LA NOTION D'HÉRÉDITÉ.

Tant que les familles furent nombreuses et qu'il y eut presque toujours des héritiers siens pour continuer le culte domestique, la notion de l'hérédité subsista telle que nous l'avons fait connaître. Mais lorsque la guerre eut fait périr un grand nombre de citoyens, il arriva souvent qu'un chef de maison n'eut pas d'héritier domestique. Se donner un héritier testamentaire n'était pas toujours facile : on pouvait se trouver en danger de mort avant d'avoir pris une décision, et si la réunion des comices n'était pas proche, on n'avait que la ressource du testament par mancipation qui ne permettait pas d'instituer un véritable héritier. La difficulté était plus grande encore pour le citoyen établi à l'étranger; il devait faire le voyage de Rome pour se rendre aux comices.

L'absence d'héritier domestique ou testamentaire menaçait de compromettre les intérêts du culte. L'entretien des cultes domestiques était une dette envers les dieux dont les agnats n'étaient

pas tenus, non plus que l'acquéreur de la *familia*. Les pontifes ne se souciaient pas de perdre leurs droits, de laisser s'éteindre les fêtes et les cérémonies domestiques. Ils estimèrent qu'il était d'intérêt public d'en assurer la perpétuité : ils les mirent à la charge de celui qui, même sans être héritier, recueillait la majeure partie des biens. En conséquence l'entretien du culte incomba : 1° à l'héritier; 2° à celui qui s'emparait de la majeure partie des biens (*qui majorem partem pecuniæ capiat*); 3° au légataire de la majeure partie des biens à dater du jour où il avait recueilli une portion quelconque de son legs.

Cicéron cite Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, comme l'un des auteurs principaux de ce règlement. Cela nous reporte aux premières années du sixième siècle. Dès lors il n'y eut plus de différence, au point de vue du culte, entre l'héritier domestique ou testamentaire et l'agnat qui recueillait les biens *ab* intestat.

L'innovation introduite par le droit pontifical eut pour conséquence de transformer la notion d'hérédité. Le soin du culte domestique, qui jusque-là avait été considéré comme un honneur, devint désormais une charge. L'hérédité, au lieu d'être un pouvoir sur la maison du *de cujus,* devint surtout un émolument, une valeur pécuniaire. L'héritier fut bien moins le maître de la maison que le bénéficiaire de la fortune du défunt. Cette transformation ressort de la définition de l'hérédité rapportée par Cicéron (1).

Cette réforme n'était guère de nature à fortifier le sentiment religieux. On peut s'étonner que les pontifes ne l'aient pas compris. En voulant sauvegarder les intérêts matériels du culte, ils en ont rabaissé l'idée dans l'opinion des citoyens.

II

HÉRÉDITÉ TESTAMENTAIRE.

Nous avons établi que la délation de l'hérédité par testament était soumise, aux premiers siècles de Rome, à une double condition : 1° elle n'était permise qu'en l'absence d'un héritier sien, ou tout au moins après une exhérédation formelle du fils du *de cujus,* lorsqu'il avait été préalablement exclu de la famille; 2° elle

(1) Cic., Top., 6 : Hereditas est pecunia quæ morte alicujus ad quempiam pervenit jure.

était subordonnée à l'approbation des pontifes et du peuple. Nous avons à expliquer comment les Romains ont été conduits à admettre la liberté de tester.

§ 1er. — *La liberté de tester.*

Pour ceux qui font remonter la liberté de tester aux Douze Tables, la question est sans objet. Pour nous, au contraire, qui pensons que les décemvirs n'ont permis de léguer librement que les biens désignés sous le nom de *pecunia,* nous avons à exposer comment la même latitude a été accordée pour les biens composant la *familia.*

Ce fut, à notre avis, la conséquence des causes diverses qui contribuèrent à effacer la distinction autrefois si tranchée entre *pecunia* et *familia,* et à donner la prépondérance à la fortune individuelle sur la propriété familiale :

1° Les pontifes avaient posé en principe que, pour déterminer qui aurait la charge du culte, il fallait apprécier la valeur de l'ensemble des biens du *de cujus,* sans s'occuper de leur nature ;

2° L'accroissement rapide de la richesse publique et privée, grâce à des guerres heureuses et à l'extension des relations commerciales, donna un grand essor à la fortune mobilière, qui forma bientôt la partie principale du patrimoine de bien des citoyens ;

3° En même temps les biens patrimoniaux se morcelaient de plus en plus. Au lieu de continuer à vivre en commun à la mort du chef de maison, les enfants demandaient le partage de l'héritage paternel et allaient fonder des familles séparées.

Du jour où la *pecunia* fut considérée comme la partie principale du patrimoine, il n'y avait pas de raison pour soumettre à des restrictions la faculté de disposer à cause de mort de la *familia,* alors qu'on pouvait léguer librement la *pecunia.* Restait, il est vrai, un obstacle tiré de la conservation de certains biens dans les familles; mais ce principe n'avait plus la même valeur qu'autrefois. Pour la masse des plébéiens, les entraves apportées à l'aliénation de ces biens n'avaient guère de raison d'être : ils n'avaient pas à soutenir le prestige de leur famille et à lui conserver les moyens de jouer un rôle politique. Pour les patriciens, l'occupation de terres dépendant de l'*ager publicus* avait eu pour effet d'amener l'inégalité des richesses et de rompre l'équilibre qui existait d'abord entre les familles. L'intérêt qu'ils attachaient à la conservation des biens communs n'était plus aussi vif depuis que les *possessiones* formaient une partie importante de leur fortune. Si l'on joint à cela la décroissance continue du patriciat,

on comprendra comment disparurent les restrictions résultant du principe de la conservation des biens dans les familles. C'est ainsi que la tutelle des femmes était devenue illusoire au temps de Cicéron, que la curatelle des prodigues changea de caractère et s'appliqua, non plus à celui qui aliénait sans mesure les biens qu'il avait recueillis de ses ascendants paternels, mais aussi à celui qui dissipait follement ses biens, quelle qu'en fût la provenance.

Tous ces faits nous expliquent comment le testament comitial tomba en désuétude. Il n'y avait plus utilité pour les pontifes à exercer un contrôle sur les testaments, depuis qu'ils avaient trouvé le moyen de sauvegarder leurs intérêts, quelle que fût la manière dont on eût disposé de ses biens à cause de mort. Quant à la réunion des comices, elle devint sans doute une simple formalité. Il a dû se produire ici un changement analogue à celui que l'on constate pour l'adrogation : au lieu d'exiger l'approbation des comices par curies, on se contenta d'une déclaration faite en présence de trente licteurs (1).

Lorsque la réunion des comices n'eut lieu que pour la forme, le testament comitial devint un véritable testament nuncupatif, comme le testament par mancipation : dans les deux cas le testament se réduisait à une déclaration verbale des dernières volontés du testateur. Mais tandis que les dispositions du testament comitial étaient conçues en forme impérative, comme des lois, dans le testament nuncupatif le testateur parlait en son nom personnel.

Chacun de ces modes de tester avait d'ailleurs ses avantages respectifs : le testament comitial permettait seul d'instituer un héritier ; le *familiæ emptor* n'était qu'un exécuteur testamentaire. Dans le testament par mancipation il suffisait de cinq témoins, d'un porte-balance et de l'acquéreur, alors que le testament comitial exigeait la présence de trente licteurs. Le testament comitial n'était possible que deux fois par an, tandis que le testament par mancipation pouvait se faire en tout temps, et se prêtait mieux aux exigences de la pratique à une époque où c'était un devoir pour tout citoyen de faire son testament, même s'il avait des héritiers siens.

Si le testament par mancipation avait une utilité réelle dans les cas où l'on ne pouvait recourir au testament comitial, il n'en présentait pas moins des inconvénients, en raison desquels il conserva un caractère exceptionnel. L'inconvénient principal consistait dans le transfert immédiat de la propriété. Si le disposant échap-

(1) Cic., Adv. Rull., II, 12.

pait au danger qui le menaçait ou changeait de volonté avant son décès, il n'avait pas d'action contre l'acquéreur pour se faire remanciper ses biens : il n'avait à compter que sur sa loyauté. Il en était de même des gratifiés. Si le disposant avait des enfants sous sa puissance, il ne pouvait leur transmettre directement ses biens : entre personnes placées sous la puissance l'une de l'autre, la mancipation n'était pas possible; il fallait recourir à l'intermédiaire d'un tiers. Enfin, les créanciers du défunt étaient dans une situation fâcheuse : il n'y avait personne pour répondre à leurs demandes.

§ 2. — *Fusion du testament comitial et du testament par mancipation.*

Le testament comitial et le testament par mancipation ne répondant plus aux besoins de la pratique, les prudents imaginèrent un nouveau mode de tester, ou plutôt ils transformèrent le testament par mancipation en le fusionnant avec le testament comitial : ce fut le testament *per æs et libram.* Recherchons tout d'abord à quelle époque eut lieu cette transformation.

I. — Des deux formes de tester usitées dans la Rome antique, c'est celle qui exigeait la convocation des comices qui, vraisemblablement, disparut la première. Quant au testament *in procinctu,* il était encore en usage au commencement du septième siècle (1); mais, dès le temps de Cicéron, cette forme de tester était tombée en désuétude (2). Le testament *per æs et libram* est bien antérieur; on peut, croyons-nous, affirmer qu'il existait dans la seconde moitié du sixième siècle. Cicéron paraît bien dire qu'au temps de Caton l'Ancien, il coexistait avec le testament *in procinctu* (3).

II. — Le nouveau mode de tester tient à la fois du testament par mancipation et du testament comitial.

Au testament par mancipation il emprunte la formalité de la mancipation : mais ici l'acte a pour objet non seulement les biens patrimoniaux, mais l'ensemble des biens du testateur. L'acquéreur n'est plus chargé de la répartition des biens entre

(1) Quelques années avant la prise de Numance, les soldats de cinq cohortes légionnaires, au moment de marcher à l'assaut de Contrebie, firent tous leur testament *in procinctu* comme s'ils allaient à une mort certaine. VELL. PATERC., II, 5.

(2) CIC., De nat. deor., II, 3.

(3) CIC., De or., I, 53. Voy. *supra*, p. 305. Un renseignement fourni par Gaius confirme cette manière de voir. Ce qui motiva, dit-il, les lois Furia et Voconia, c'est que les héritiers, désignés dans les tablettes du testament, s'abstenaient de l'hérédité. Or si la date de la loi Furia n'est pas absolument sûre, celle de la loi Voconia est certaine : cette loi fut votée en 585. (Voy, *infra*, p. 540, n. 4.) Nous verrons d'ailleurs que l'usage de rédiger par écrit les testaments est antérieur à Cicéron.

les gratifiés : il les transmet en bloc à l'héritier. Celui-ci puise sa vocation dans la déclaration faite par le testateur en présence des témoins de la mancipation, du porte-balance et de l'acquéreur.

Comme le testament comitial, le testament nouveau dispose pour l'avenir : il n'implique pas une transmission immédiate de la propriété. Ce n'est pas le seul trait de ressemblance qui existe entre les deux formes de tester. Dans le testament par l'airain et la balance, on retrouve la double solennité de la *nuncupatio* et de la *testatio*, la déclaration à haute voix des dernières volontés du *de cujus*, et l'invitation adressée aux témoins de se porter garants de la réalité de l'acte. Toutes les dispositions étaient conçues dans une forme impérative, comme si elles avaient été confirmées par la *lex publica* (1).

En réalité, il n'y avait plus de *lex publica;* aussi, pour motiver la transmission des biens, eut-on recours au mode ordinaire de transfert du droit privé, à la mancipation. Mais cette mancipation avait lieu uniquement pour permettre au mancipant de faire un testament conformément à la *lex publica,* c'est-à-dire à la loi votée dans les comices : c'est ce qui résulte de la formule prononcée par l'acquéreur (2).

Le testament *per æs et libram* est donc, quant à la forme, une combinaison du testament comitial et du testament par mancipation. Il se compose de deux parties distinctes : une mancipation et une *nuncupatio*. La première ne figure que pour la forme; la seconde, qui est la partie principale, renferme les clauses

(1) Cf. Ihering, III, 233. C'est pour cela que, jusqu'au deuxième siècle, il ne fut pas permis de modifier la formule *heres esto*. Gaius, II, 117; Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 1, 5 et 7.

(2) Le maintien de la mancipation permet d'expliquer plusieurs règles qui, prises en elles-mêmes, paraissent étranges. Ainsi la règle sur la capacité des témoins est la même pour le testament par l'airain et la balance que pour la mancipation de la *familia :* les personnes qui sont en la puissance du testateur ou de l'acquéreur de la *familia* ne peuvent jouer le rôle de témoins. Les muets et les sourds sont également incapables : les uns parce qu'ils ne peuvent articuler les paroles solennelles, les autres parce qu'ils ne peuvent entendre la réponse qui leur est faite. (Gaius, 17 ad Ed. prov., D., XXVIII, 1, 6, 1.) L'aveugle, au contraire, est capable. (Arg. Paul, Sent., III, 4ª, 4.) En sens inverse, l'héritier institué pouvait servir de témoin : en bonne logique, la règle aurait dû être retournée. Les prudents l'ont religieusement conservée; ils ne se sont pas cru le droit de modifier la tradition : ils se sont contentés de dire qu'il était préférable de ne pas choisir l'héritier comme témoin. S'ils se sont montrés ici aussi respectueux des précédents, c'est que la question n'avait guère d'intérêt pratique. A un autre point de vue, ils n'ont pas hésité à abandonner la fiction pour la réalité et à nier la translation de propriété en vertu de la mancipation : c'est ainsi que le *familiæ emptor* n'acquiert plus la propriété au jour du décès (Lab. ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 13, 5 : *Eo tempore nemo dominus est*) : il en a seulement la garde (*custodela*), comme il résulte de la formule rapportée par Gaius, II, 104. A vrai dire, c'est un simple figurant.

du testament. La *nuncupatio* et la mancipation se prêtent un mutuel appui; aussi les deux actes doivent-ils se succéder sans interruption (1).

III. — D'ordinaire le testateur rédigeait par écrit son testament, puis invitait les personnes présentes à témoigner en cas de besoin que des tablettes, scellées d'une certaine manière, contenaient ses dernières volontés : c'était la *testamenti perhibitio* (2). Chaque témoin promettait son témoignage en termes solennels (3). Cette promesse avait lieu en présence du testateur, et non après sa mort (4).

Le testament formait un *codex* composé d'un nombre plus ou moins grand de tablettes de bois recouvertes de cire et reliées entre elles de manière à composer un seul tout. Ce *codex* était revêtu du cachet du testateur et de chacun des témoins. L'usage de sceller les testaments paraît aussi ancien que l'usage des tablettes elles-mêmes : c'était un moyen d'en garantir l'authenticité (5).

Quelques auteurs ont pensé que la rédaction des tablettes avait un caractère essentiel; elle aurait été imaginée pour assurer le secret des dispositions testamentaires. Cette opinion n'est pas confirmée par les textes : il était d'usage, dans le principe, de faire connaître à haute voix aux témoins et même au public le contenu des tablettes (6). D'un autre côté, Gaius dit que, de son temps, le testateur est censé exprimer et confirmer, par une déclaration générale, toutes les clauses spéciales consignées dans les tablettes (7); cela semble bien indiquer que, primitivement, il était d'usage de faire connaître publiquement le contenu du testament; plus tard cette formalité fut modifiée, et l'on se contenta de renvoyer aux tablettes.

(1) C'est à quoi font allusion les textes en disant que le testament doit avoir lieu *uno contextu*. Ulp., 2 ad Sab., D., XXVIII, 1, 21, 3.

(2) Arg. Nov. Theod., II, t. xvi (ed. Hænel, 60) : Veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant.

(3) Arg. Paul, III, 4ª, 4 : Cæcus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes et audire testimonium sibi perhibentes.

(4) C'était la *suprema contestatio* du défunt. Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 1, 20, 8 : Et veteres putaverunt eos qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere donec suprema contestatio peragatur.

(5) Cf. Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, 1848, p. 258.

(6) Val. Max., VII, 8, 5. Cicéron raconte qu'il avait scellé avec Clodius le testament de l'architecte Cyrus, et que Clodius en connaissait le contenu aussi bien que lui. Ailleurs il écrit à Atticus qu'il rapporte de Patras le testament de Tiron revêtu des sceaux des témoins, et que ce testament l'institue héritier ainsi qu'Atticus pour des parts déterminées. Cic., P. Mil., 18; ad Att., VII, 2. Cf. Paul, 4 ad Vitell., D., XXVIII, 5, 58 pr.

(7) Gaius, II, 104.

La rédaction d'un écrit était exigée par le droit civil *ad probationem* bien plus que *ad solemnitatem*. Aussi Gaius dit-il que la destruction des tablettes n'empêche pas le testament de valoir, bien que la preuve des dispositions qu'il contenait soit difficile (1). La *nuncupatio* était si bien la partie essentielle du testament qu'on s'en contentait dans le cas où le testateur ne pouvait consigner par écrit ses dernières volontés; c'est ce qu'on appelle un « testament nuncupatif » (2).

IV. — A première vue la structure du nouveau mode de tester paraît bien étrange. Il semble que les Romains aient cherché, comme à plaisir, à multiplier les difficultés en combinant deux modes de tester à tant d'égards si dissemblables et procédant de principes aussi différents. Et pourtant, si l'on y regarde de près, cette combinaison a sa raison d'être : elle a permis aux Romains de réunir les avantages de ces deux modes de tester sans en laisser subsister les inconvénients. C'est ainsi qu'on a pu attribuer au testament transformé les effets du testament comitial; le testateur a reçu notamment le pouvoir d'instituer un héritier et de mettre des legs à la charge de cet héritier. C'est ainsi que le testament transformé peut, de même que le testament par mancipation, être fait en tout lieu et en tout temps par un plébéien aussi bien que par un patricien.

Le maintien de la mancipation a d'ailleurs une importance dont on n'a pas tiré parti pour résoudre la question de savoir quelle était la nature du testament comitial. Ce testament était devenu peu à peu un simple testament nuncupatif fait devant trente licteurs; il offrait l'avantage de permettre l'institution d'un héritier, c'est-à-dire d'un continuateur de la maison du défunt, d'un maître de tous les biens, sans être obligé de recourir aux formes de la mancipation. Il semble donc qu'il y eut bien peu de chose à faire pour obtenir une forme de tester aussi commode que pouvaient l'exiger les besoins nouveaux de la vie sociale : il suffisait de remplacer les trente licteurs par quelques témoins choisis indistinctement parmi les citoyens pubères.

Pourquoi ne s'est-on pas contenté de cette simplification? Comment a-t-on été conduit à imaginer un mode de tester aussi compliqué que le testament par l'airain et la balance? C'est là une question qui nous paraît insoluble pour ceux qui considèrent

(1) Gaius, II, 151.

(2) Il y en a un exemple célèbre. On sait qu'Horace, pressé par la maladie, dut recourir à cette forme de tester pour instituer Auguste. Suet., Vita Horatii : « Decessit... herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas. » Voy. d'autres exemples dans Dio Cass., LIII, 20; Suet., Calig., 38.

le testament romain comme ayant eu de tout temps un caractère purement privé. Tout s'explique au contraire si, comme nous l'avons soutenu, le testament comitial est un acte public. Les simplifications qu'on aurait pu apporter n'auraient pas modifié ce caractère, très gênant dans la pratique. Si les Romains se sont résignés à combiner le testament comitial avec le testament par mancipation, c'est pour faire du nouveau mode de tester un acte privé, comme l'était le testament par mancipation.

Du jour où le testament devint un acte privé dépendant de la libre volonté de son auteur, il cessa de se distinguer, sous ce rapport, du legs *per vindicationem*. Il se présenta alors une importante question à résoudre : pourrait-on disposer sous forme de legs de la totalité des biens, comme on l'avait fait jusqu'à ce moment pour la *pecunia?* ou exigerait-on la nomination d'un continuateur de la maison du *de cujus?* L'intérêt des créanciers, non moins que le respect des anciennes coutumes, fit adopter le second parti. Mais les prudents n'avaient pas dans le droit civil la latitude dont jouissaient les pontifes dans le droit religieux : ils ne pouvaient imposer la charge des dettes à un simple légataire. Aussi n'y eut-il pas ici de règlement analogue à celui qui fut établi pour les cultes domestiques. Nulle part il n'est dit qu'on ait imposé la charge des dettes à qui recueillait la majeure partie des biens ; d'après la coutume, ceux-là seuls qui avaient le titre d'héritiers en étaient tenus. Les prudents mirent cette règle à profit pour sauvegarder par un expédient l'intérêt des créanciers (1). Ils s'arrangèrent pour qu'il y eût toujours un héritier responsable des dettes, soit que le *de cujus* eût fait un testament, soit qu'il fût mort intestat. Ils attribuèrent la qualité d'héritiers aux agnats, qui jusqu'alors avaient été de simples successeurs aux biens (2).

(1) Le désir de sauvegarder les intérêts des créanciers a inspiré au préteur un édit mentionné par Cicéron (P. Quintio, 19. Cf. Gaius, III, 78) ; les créanciers sont autorisés à vendre les biens de celui *cui heres non exstabit*. Un autre édit promit une action à celui qui gérait les affaires d'un citoyen mort sans héritier. (Ulp., 10 ad Ed., D., III, 5, 3, 6.) Tout cela prouve qu'il n'était pas rare à cette époque de voir un chef de famille mourir sans héritier, et que la loi ni la coutume n'avaient prévu les difficultés auxquelles donnait lieu l'absence de tout héritier.

(2) Voici un fait qui prouve que, pour imposer à une personne la charge des dettes d'une hérédité, les prudents ne connaissaient pas d'autre moyen que de lui donner le titre d'héritier. Gaius, III, 84, dit que l'adrogeant ou le *coemtionator* acquièrent l'ensemble des biens de l'adrogé ou de la femme *in manu*, mais ne sont pas tenus des dettes, à moins que ce ne soient des dettes héréditaires. Dans ce cas l'adrogeant ou le *coemtionator* deviennent héritiers et partant responsables des dettes, tandis que l'adrogé et la femme *in manu* cessent de l'être. Cette dérogation à la règle *semel heres semper heres* vient de ce que héritier signifie maître de la maison (*dominus*), et qu'une personne *sui juris* peut seule être investie de ce pouvoir. Voilà pourquoi l'hérédité déférée à un fils de famille ou à un esclave est acquise au père ou au maître comme s'il avait été lui-même institué héritier. (Gaius, II, 87.) L'adrogation

D'autre part, ils firent accepter comme règle de droit qu'on ne pourrait disposer de ses biens à cause de mort sans laisser un héritier. Cette règle entraîna une double conséquence : désormais tout acte de dernière volonté dut, pour être valable, être inscrit dans un testament; toute disposition testamentaire fut subordonnée à l'institution d'héritier. On fut ainsi conduit à considérer l'héritier comme acquérant la masse des biens du défunt sous la charge des dettes et des legs.

De là vint peut-être la règle *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest :* l'institution d'un héritier étant nécessaire pour la validité d'un testament, et l'héritier testamentaire étant essentiellement l'acquéreur de la totalité des biens, il n'y avait pas à côté de lui place pour l'héritier *ab* intestat(1).

Héritiers testamentaires ou héritiers *ab* intestat reçurent vocation à la totalité des biens : ils eurent tout l'actif, sous la charge de l'intégralité du passif.

III

HÉRÉDITÉ AB INTESTAT.

I. — La liberté de tester était inconciliable avec le droit de l'héritier domestique de conserver l'héritage paternel. Le chef de maison acquit la faculté d'instituer une personne étrangère à sa famille en exhérédant ses héritiers siens sans avoir à demander aux pontifes et au peuple de confirmer sa décision. S'il n'usait

ou la *coemtio* vaut ratification de l'adition antérieure faite par l'adrogé ou par la femme appelés à l'hérédité. L'hérédité ne repose plus un seul instant sur la tête du fils ou de la femme (Ulp., 2 ad leg. Jul., D., XXIX, 2, 79). Et cependant l'adrogeant ou le *coemtionator* n'est pas pour cela réputé héritier.

(1) Inst., II, 14, 5. Pomp., 3 ad Sab., D., L, 17, 7 : « Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse ; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. » Il est difficile de dire avec certitude quel sens les Romains attachaient à cette règle : les textes manquent. Dans la forme où elle est rapportée, elle paraît due à l'interprétation des prudents : c'est une *juris civilis regula* (Gaius, II, 114). Ce qui prouve qu'il y a ici une règle arbitraire établie par la jurisprudence, c'est qu'on l'a écartée pour le testament militaire. Mais les prudents ont pu donner une forme et une application nouvelles à une règle ancienne (arg. Cic., De inv., II, 21) : quel aurait été le sens de cette règle aux premiers siècles de Rome? Elle signifierait que l'héritier testamentaire étant le continuateur du culte et le maître de la maison du défunt, on ne saurait, dans aucun cas, admettre en concours avec lui un agnat qui recueille la *familia* sans avoir la charge du culte. Est-ce là la *naturalis pugna* qui, d'après Pomponius, existe entre l'hérédité testamentaire et la succession *ab* intestat? Voy. en sens divers : Ihering, IV, 145, 311; Maynz, III, 204; Accarias, I, 837 ; Ruggieri, *Studi e doc.*, 1880, p. 162 ; Hölder, *Beiträge,* 162; Esmein, *Mélanges,* 6 ; Carle, *Le origini,* 549; Cogliolo, *Storia,* II, 158 ; Schulin, *Lehrb.*, 461.

pas de cette faculté, alors seulement l'héritier sien pouvait réclamer son héritage.

On voit la différence qui existe dans la situation de l'héritier sien avant et depuis la liberté de tester; il ne conserve la qualité d'héritier sien que si elle lui a été confirmée par le testament paternel, ou si le chef de sa maison est mort intestat. Il n'est plus comme jadis considéré comme ayant, indépendamment de la loi, un droit préexistant à être le maître de la maison du défunt. Cependant, par un souvenir du droit antérieur, on continua à l'appeler héritier domestique, et l'on imposa au testateur l'obligation de s'expliquer nettement, lorsqu'il voulait l'exclure. L'exhérédation avait le caractère de l'émancipation primitive ou plutôt de l'*abdicatio :* l'enfant était chassé de la maison paternelle par une décision spéciale du chef de famille. Voilà pourquoi elle put dans la suite, lorsqu'elle avait eu lieu sans juste cause, être attaquée par la plainte d'inofficiosité. En réalité, l'héritier sien n'a la maîtrise de la maison que par la volonté du *de cujus,* ou tout au plus lorsque le *de cujus* n'a pas exprimé de volonté contraire.

II. — Si l'héritier sien eut un droit moins fort que par le passé, le plus proche agnat reçut le titre d'héritier, qui lui avait jusqu'alors fait défaut. Le règlement des pontifes avait fait de l'agnat un continuateur du culte toutes les fois qu'il recueillait *ab* intestat la majeure partie des biens. Quand on cessa de distinguer la fortune individuelle et les biens patrimoniaux, et que l'on ne put faire un legs sans instituer un héritier, l'agnat recueillit la totalité des biens toutes les fois qu'il venait *ab* intestat (1). Les prudents se fondèrent sur l'assimilation établie entre la situation de l'agnat et celle de l'héritier au point de vue de la charge du culte, pour lui attribuer la qualité d'héritier au point de vue du droit civil.

Cette mesure offrait l'avantage de rendre l'agnat responsable des dettes à l'égard des créanciers. Le titre d'héritier qu'on lui conférait faisait de l'agnat le continuateur de la maison du *de cujus ;* c'est en cette qualité que les agnats furent tenus des dettes. On remarquera, en effet, que le légataire de la majeure partie des biens n'a jamais eu la charge des dettes. Les prudents ne la lui ont pas imposée, de même que les pontifes lui ont imposé celle du culte. Il n'était pas possible de leur donner le titre d'héritiers : c'eût été se mettre en contradiction avec une tradition

(1) C'était là, selon toute vraisemblance, une innovation par rapport au droit antérieur. A l'appui de la conjecture que nous avons émise (*supra,* p. 286), voy. S. Maine, *Études sur l'ancien droit,* p. 154 : il pense que, chez les Hindous, les collatéraux ne pouvaient sacrifier aux ancêtres.

constante qui avait consacré la distinction du légataire et de l'héritier.

L'hérédité *ab* intestat fut dès lors attribuée à deux classes distinctes de personnes : en premier lieu, aux héritiers siens; en second lieu, et à leur défaut, au plus proche agnat.

III. — Le droit du plus proche agnat ne fut pas seulement modifié dans sa nature et dans son étendue : vers la fin du sixième siècle, il subit une véritable restriction quant aux personnes admises à l'invoquer. Lorsque le droit des agnats portait exclusivement sur la *familia,* il avait son fondement dans la communauté agraire, qui anciennement avait existé entre les membres de la même famille. Étendu à la *pecunia,* le fondement du droit n'est plus le même : le droit de retour ne se conçoit qu'entre personnes ayant collaboré à la formation du patrimoine du *de cujus,* c'est-à-dire entre consanguins.

Comment les prudents ont-ils distingué parmi les agnats une classe particulière, celle des consanguins, hommes et femmes? Le plus proche agnat est ici généralement un collatéral, frère ou sœur, qui aura vécu pendant un temps plus ou moins long avec le *de cujus* ou avec le père du *de cujus.* Il a, par son travail, contribué à l'accroissement du patrimoine du défunt; il est équitable de le préférer à tous les autres. Dans une certaine mesure on peut dire de lui ce qu'on dit de l'héritier sien : il reprend une valeur qui lui appartenait déjà. Les prudents estimèrent que cette raison s'appliquait surtout aux consanguins depuis que les liens de famille s'étaient relâchés et que la vie en commun des divers membres d'une famille avait à peu près disparu.

Mais pourquoi ont-ils exclu de la succession *ab* intestat seulement les agnates au delà du degré de consanguines, tandis qu'ils n'ont rien changé à la vocation des agnats? D'après la remarque qui vient d'être faite, la vocation des agnats autres que les consanguins manquait de base : on aurait dû les écarter complètement. Liés par le texte de la loi décemvirale, les prudents n'ont pas osé le faire, sauf dans le cas des agnates, parce qu'ici ils pouvaient s'appuyer sur la loi Voconia. Cette loi avait eu pour but de limiter l'aptitude des femmes à hériter des citoyens riches, et bien que, dans son texte, elle s'appliquât seulement à l'hérédité testamentaire, les prudents s'inspirèrent des raisons qui l'avaient fait voter pour exclure de la succession *ab* intestat les agnates au delà du degré de consanguines.

En somme, les prudents firent leur possible pour atténuer les effets d'une règle qui ne répondait plus à l'organisation nouvelle de la famille. S'ils n'ont pas été jusqu'à supprimer la vocation des

agnats, ils ont du moins favorisé le mouvement d'opinion qui tendait à faire prévaloir les liens existant entre les agnats placés sous la dépendance du *de cujus,* liens qui étaient particulièrement forts entre ceux qui étaient du même sang. Aussi lorsque le préteur voulut créer la vocation des cognats à la *bonorum possessio,* trouva-t-il le terrain tout préparé pour cette réforme.

IV

TRANSFORMATION DE L'USUCAPION *PRO HEREDE.*

Gaius dit que, dans sa seconde phase, l'usucapion *pro herede* ne fait plus acquérir la qualité d'héritier, mais seulement la propriété des choses corporelles héréditaires ; elle s'opère toujours par un an, même pour les fonds de terre (1). Cette notable modification dans l'effet de l'usucapion à titre d'héritier s'explique aisément par le changement que nous venons de signaler dans la nature du droit des agnats. Du jour où on leur donna le titre d'héritiers et, par suite, la charge des dettes, l'utilité de l'usucapion *pro herede* fut singulièrement diminuée.

V

LA *BONORUM POSSESSIO.*

La *bonorum possessio* est, en droit classique, un bénéfice (2) accordé par le préteur à certaines personnes et qui les place dans une situation analogue à celle d'un héritier.

Le préteur se propose ici un triple but : soit d'assurer l'exécution du droit civil lorsqu'il donne la *b. p.* à celui qui puise sa vocation dans un testament ou dans la loi ; soit de combler les lacunes du droit civil, lorsqu'il appelle à la succession des personnes qui, d'après la loi, n'ont aucune vocation ; soit enfin de réformer le droit civil lorsqu'il promet la *bonorum possessio* à des personnes auxquelles la loi refuse la qualité d'héritiers.

La *bonorum possessio* s'applique non seulement aux objets corporels compris dans l'hérédité, mais à l'ensemble des biens du défunt(3). L'ayant droit acquiert, sinon la propriété, du moins l'*in*

(1) Gaius, II, 54.

(2) Gaius, III, 34; Ulp., XXVIII, 12 ; *Coll.,* XVI, 5, 1. Paul, 41 ad Ed., D., XXXVII, 1, 6, 1 ; Pap., 5 Quæst., D., XLVI, 5, 8 pr.

(3) Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 1 et 2 : Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait. — Bonorum igitur possessionem

bonis. Il fait valoir son bénéfice de diverses manières : par l'interdit *quorum bonorum* pour les corps héréditaires, par des actions fictices pour les créances (1). Réciproquement, c'est par des actions fictices qu'il peut être poursuivi par les créanciers du défunt (2). En un mot, le *bonorum possessor* est l'héritier du droit prétorien; la *bonorum possessio*, c'est la succession réglée par l'édit du préteur (3).

Comment le préteur a-t-il été amené à créer un système successoral à côté de celui qui reposait sur la coutume des ancêtres et sur la loi des Douze Tables? Ce fut la conséquence des changements survenus dans la constitution de la famille à la fin de la République et au début de l'Empire : on commençait à tenir compte des liens du sang à côté de ceux de l'agnation. Mais, dans notre période, la famille conserve encore son organisation patriarcale : le préteur n'avait aucun prétexte pour modifier les règles consacrées par la coutume et par la loi. La *bonorum possessio*, si elle existait à cette époque, devait donc avoir un caractère différent de celui qu'elle a reçu dans la suite.

Au temps de Cicéron, l'institution des *bonorum possessiones* était déjà considérée comme très ancienne. L'édit du préteur promettait d'accorder la *bonorum possessio* :

1° A celui qui produirait en sa faveur un testament revêtu du sceau de chacun des témoins;

2° A défaut d'héritier testamentaire, à l'héritier appelé par la loi *ab* intestat ;

3° Enfin, en l'absence d'héritier testamentaire ou légitime, à la personne qu'il lui semblerait le plus équitable d'appeler à la succession.

De ces trois cas, les deux premiers étaient de longue date consacrés par l'édit (4); c'étaient la *b. p. secundum tabulas* et la *b. p. unde legitimi*. Ils appartenaient à cette partie de l'édit qui se transmettait sans variation d'un préteur à l'autre (5).

ita recte definiemus : jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque, quum moritur, fuit.

(1) Gaius, IV, 144; III, 81; IV, 34. Aucun texte ne lui donne la publicienne.

(2) Ulp., XXVIII, 12.

(3) Gaius, IV, 34 : Cum enim prætorio jure... succedat in locum defuncti.

(4) Pline, H. n., VII, 5, cite d'après Sabinus un décret du préteur L. Papirius Maso, qui accorda la *b. p. secundum tabulas* à un enfant né treize mois après la mort de son père. L. Papirius Maso fut préteur en 578 (Liv., XLI, 7).

(5) Cic., 2ª in Verr., I, 44 : Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus : « Si tabulæ testamenti non proferrentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. » Quare hoc sit æquissimum, facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere omnes antea jus ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse.

§ 1er. — *Utilité de la* bonorum possessio.

Quelle utilité y avait-il pour l'héritier du droit civil à solliciter du préteur la *bonorum possessio?* D'après Gaius, elle consiste uniquement à lui permettre de faire usage de l'interdit *quorum bonorum* (1). Le témoignage de Gaius concorde avec la teneur de l'édit au temps de Cicéron. Le préteur ne dit pas qu'il donnera la possession de l'hérédité, mais simplement la possession, ce qui, à une époque où l'on n'avait pas encore conçu l'idée d'une *juris possessio,* ne peut s'entendre que de la possession d'une chose corporelle.

La *bonorum possessio* avait trait, dans l'origine, non pas à l'ensemble des biens du *de cujus,* mais seulement aux objets corporels dépendant de sa succession. L'interdit *quorum bonorum* ne se donne en effet que contre ceux qui possèdent des corps héréditaires (2). En créant la *bonorum possessio,* le préteur avait voulu prévenir les difficultés auxquelles pouvait donner lieu la prise de possession des biens du défunt. De quelle nature étaient ces difficultés ? Il faut, pour résoudre cette question, examiner la situation faite à l'héritier avant et après la transformation de la notion d'hérédité.

I. — Anciennement, alors que l'héritier était exclusivement le continuateur du culte et de la maison du *de cujus,* il ne prenait, à ce titre, que les biens patrimoniaux du défunt. Quant à la fortune individuelle, il n'y avait aucun droit : le testateur était libre d'en disposer sous forme de legs, et s'il n'avait pas usé de la faculté qui lui était reconnue par les Douze Tables, les biens composant la *pecunia* devenaient, en théorie, *res nullius* et appartenaient au premier occupant. En fait, le plus souvent, le premier occupant devait être le fils du défunt, ou à défaut le plus proche agnat. Il est probable que pendant longtemps, alors que les membres de la famille restaient groupés autour de leur chef et vivaient avec lui sous le même toit, on n'eut pas à regretter que la loi se fût

(1) Gaius, III, 34. On a prétendu que Gaius s'est trompé parce que, de son temps, la *b. p.* offrait d'autres avantages (Accarias, I, 1219, n. 2). Mais au lieu d'imputer une erreur à Gaius, il nous semble préférable de penser qu'il a entendu exprimer la portée primitive de la *b. p.* On est d'autant moins fondé à soutenir le contraire que le commencement de ce passage de Gaius n'a pu être déchiffré dans le manuscrit de Vérone. L'erreur de Gaius serait d'autant plus surprenante qu'il nous fait connaître lui-même (IV, 34) l'existence d'actions fictices au profit du *bonorum possessor.*

(2) Gaius, IV, 144 : « ... Ejusque vis ac potestas hæc est, ut quod quisque ex his bonis quorum possessio alicui data est, si pro herede aut pro possessore possideret, id ei cui bonorum possessio data est, restituatur. » Paul, 20 ad Ed., D., XLIII, 2, 2 : Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores. Cf. Machelard, *Théorie générale des interdits,* 1865, p. 50.

abstenue de régler le sort des biens composant la fortune individuelle, lorsque le défunt ne l'avait pas fait lui-même. Mais quand les familles commencèrent à se démembrer et que la cité étendit au loin ses relations d'affaires, il arriva sans doute plus d'une fois que le fils ou le plus proche agnat du testateur trouva, en revenant à Rome, les biens en la possession d'un tiers qui prétendait les conserver. Pour les biens patrimoniaux, le droit du fils ou de l'agnat restait intact, tant que le délai de l'usucapion à titre d'héritier n'était pas expiré; mais pour les biens formant la *pecunia* du défunt, la loi ne fournissait aucune arme à l'héritier : elle n'avait pas jugé utile de s'en occuper.

C'est vraisemblablement afin de porter remède à cette situation que le préteur proposa l'interdit *quorum bonorum*. Il jugea contraire à l'équité de permettre à un étranger de s'emparer de ces biens au préjudice de l'enfant ou de l'agnat, qui avaient peut-être contribué par leur travail à en accroître la valeur. Il promit son appui pour faire attribuer la possession de la *pecunia* à celui qui, d'après le droit civil, avait droit à la *familia* (1). Si cette conjecture est exacte, il est rigoureusement vrai de dire, comme le fait Justinien, que la *bonorum possessio* a été introduite par le préteur en vue d'amender le droit civil. Amender le droit civil, ce n'est pas le réformer, le préteur n'en avait pas le pouvoir, mais atténuer ou faire disparaître les inconvénients résultant de l'application pure et simple de ses dispositions (2).

II. — Lorsque la liberté de tester eut été pleinement admise, et que l'hérédité fut considérée comme une valeur pécuniaire sans distinction entre les biens patrimoniaux et la fortune individuelle, la *bonorum possessio* fut conservée et s'appliqua à l'ensemble des biens héréditaires. Elle était particulièrement utile lorsque le testateur avait institué une personne étrangère à sa famille : il fallait vaincre la résistance des agnats, qui devaient bien difficilement consentir à se dessaisir des biens du défunt. La voie ordinaire de procédure, la provocation au serment, n'avait guère ici de raison d'être; le droit de l'héritier pouvait n'être

(1) N'y a-t-il pas un souvenir du but originaire de la *bonorum possessio* et de l'interdit *quorum bonorum* dans Jul., 23 Dig., D., XXXVII, 4, 13 pr.? Julien dit que le fils émancipé pourra forcer l'héritier institué à *prædia et servos præstare*, et il ajoute : *æquum est omne jus transferri*. Pourquoi invoquer une raison d'équité spécialement pour les *res mancipi?* Sans doute parce qu'on était ici en présence d'une extension de la portée primitive de la *bonorum possessio*. Elle devait être restreinte, dans le principe, aux choses qui ne pouvaient faire l'objet de la pétition d'hérédité.

(2) *Emendare* n'est pas synonyme d'*impugnare*, comme semblent le dire la paraphrase de Théophile et la glose de Turin. (Cf. Schrader, *Corpus juris civilis*, 1832, I, 469.) *Emendare* équivaut ici à *supplere*. Cf. Inst., III, 9, 1, et Pap., 2 defin., D., I, 1, 7, 1.

pas contesté ; il s'agissait sans doute, le plus souvent, d'empêcher un agnat de retenir injustement les biens du défunt. Au lieu de laisser les parties intéressées en venir aux mains, le préteur estima qu'il était de son devoir d'intervenir en faveur de l'héritier, de prévenir ainsi des querelles qui auraient été une cause de troubles pour la cité (1).

A défaut d'héritier testamentaire et d'héritier légitime, plutôt que de laisser les biens vacants à la merci du premier venu, le préteur prit sur lui de les attribuer aux personnes qu'il lui paraîtrait équitable d'appeler à la succession (2). C'est ainsi qu'à défaut de la *bonorum possessio secundum tabulas* et *unde legitimi*, il promit la *bonorum possessio unde cognati* aux personnes unies au *de cujus* par les liens du sang. Pour les cognats, dont la vocation aux biens du défunt n'avait d'autre fondement que l'édit du préteur, la *bonorum possessio* fut une véritable succession prétorienne. C'est à dater de ce moment que l'on peut parler d'un système successoral établi par le préteur (3). Jusqu'alors l'interdit *quorum bonorum* avait le caractère d'une mesure de police destinée à maintenir le bon ordre dans la cité : en cela, il ressemblait aux plus anciens interdits que l'on rencontre en droit romain (4).

(1) On voit que le but poursuivi par le préteur dans les premières applications de la *b. p.* n'est pas celui qu'il a cherché à réaliser plus tard en créant de nouvelles *b. p.* Notre opinion échappe au reproche que Maynz, III, 207, adresse à ceux qui pensent que l'idée de modifier l'ordre des successions a été étrangère à la création de la *b. p.* Ils sont, dit-il, forcés d'admettre qu'à une époque quelconque, par un coup de baguette magique et invisible, une importante institution a, subitement et sans aucune raison connue, complètement changé de nature. Nous avons indiqué la cause qui rend vraisemblable le changement survenu dans la *b. p.* — Nous nous séparons également de l'opinion de Leist, l'auteur du travail le plus important publié sur la *b. p.* Leist prétend que la *b. p.* a dû porter, dès l'origine, sur l'ensemble du patrimoine et avoir le caractère d'une *juris possessio,* comme en droit classique. D'après lui, la *b. p.* a été imaginée pour forcer l'héritier testamentaire ou légitime à accepter sans retard la succession, afin que l'hérédité ne restât pas trop longtemps vacante. Si l'héritier n'acceptait pas dans un certain délai, qui est du reste inconnu, le préteur promettait la *b. p.* à d'autres personnes. Dans cette manière de voir, la *b. p.* tend au même but que l'usucapion *pro herede;* mais pourquoi le préteur aurait-il accordé comme une faveur à certaines personnes ce qui était un droit pour tout le monde? Voy. la réfutation de Leist dans Maynz, III, 206, n. 45.

(2) Cic., Orat. part., 28 : Cum hereditatis *sine lege aut sine testamento* petitur possessio, in quibus causis quid æquius æquissimumve sit quæritur.

(3) On rencontre la *b. p. unde cognati* à la fin du septième siècle dans Val. Max., VII, 7, 5 (cf. VII, 7, 2), et dans Cic., P. Cluent., 60. — La *b. p. patroni contra tabulas* doit être de la même époque; elle est antérieure aux actions *Fabiana* et *Calvisiana*, qui sont des premières années du huitième siècle. — La *b. p. unde liberi* et la *b. p. contra tabulas* paraissent appartenir au siècle d'Auguste (Lab. ap. Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 4, 8, 11).

(4) On a essayé de bien des manières d'expliquer l'origine de la *bonorum possessio.* On peut ramener à deux groupes principaux les conjectures qui ont été proposées malgré les divergences souvent assez grandes qui les séparent sur certains points :

§ 2 — *Des conditions requises pour obtenir la* bonorum possessio secundum tabulas.

Pour obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas,* il faut : 1° qu'il existe un testament régulier rédigé par écrit ; 2° que les tablettes soient représentées ; 3° qu'elles soient revêtues des cachets des témoins dont le nombre est fixé par la loi ; 4° que ces tablettes contiennent les dernières volontés du testateur.

1° Certains auteurs voient dans la *b. p.* un épisode de la pétition d'hérédité. Elle aurait pour but d'attribuer la possession intérimaire (*vindiciæ*) à certaines personnes, d'anticiper les effets du jugement que le préteur suppose devoir être rendu en faveur du *bonorum possessor.* Le préteur était libre, en principe, d'attribuer la possession intérimaire à celui des plaideurs qu'il voulait : il s'engagea par son édit à l'accorder à celui d'entre eux qui produirait un testament portant les cachets des témoins, ou qui aurait la qualité d'héritier légitime. (Voy. Dernburg, *Beiträge z. Gesch. d. röm. Testaments,* 1821, p. 186; Francke, *D. Recht d. Notherben u. Pflichttheilsberechtigten,* 1831, p. 97; Fabricius, *Histor. Forschungen im Gebiete d. r. R.,* 1837, p. 17; Vangerow, *Lehrb.,* II, 11; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain,* 2e éd., 1867, II, 80; Accarias, I, 1214; Muirhead, 369.) Cette conjecture soulève bien des objections. On ne voit pas quelle nécessité conduisit le préteur, au temps des actions de la loi, à déclarer à l'avance que, dans tout débat sur l'hérédité, il donnerait la possession intérimaire à l'héritier testamentaire ou légitime. Sous le système de la procédure formulaire, cette innovation aurait eu pour le possesseur un avantage réel, celui de lui procurer le rôle de défendeur, par suite de le dispenser de faire la preuve de son droit. Mais dans la procédure par serment, qui exige une *vindicatio* et une *contravindicatio,* les deux plaideurs sont tenus de prouver leur droit. (L'opinion contraire, soutenue par Keller, § 14, n. 210, est aujourd'hui abandonnée. Cf. Voigt, II, 52, n. 36 ; Bechmann, l. a. Sacr., 31.) Dès lors l'avantage pour celui qui est constitué possesseur est illusoire, ou bien, si aucun des plaideurs ne réussit à faire la preuve de son affirmation, il aboutit à laisser en possession une personne qui n'a pu démontrer son droit à l'hérédité. Dans le premier cas, la *b. p.* est sans utilité; dans le second, elle confère un bénéfice à qui ne le mérite pas. Cf. Leist, op. cit., I, 121 ; Maynz, III, 207. — 2° D'autres auteurs estiment que la *bonorum possessio* eut pour but originaire de prévenir des conflits résultant de la prise de possession de biens héréditaires par une personne sans titre. C'est le point de départ de l'opinion de Savigny, Z. f. g. Rw., 1823, p. 14 (*Verm. Schr.,* II, 230); Puchta, *Cursus der Institutionen,* 8e éd., 1875, II, § 316; Huschke, Z. f. g. Rw., 1848, XIV, 157; Bachofen, *Ub. die* lex Voconia, 1843, p. 66; Leist, *Die* bonorum possessio, 1844, I, 51 ; suite de Glück, liv. 37-38, 1870, I, 43; Hingst, *Comment. de b. p.,* 1858, p. 108; Köppen, *System d. heut. röm. Erbrechts,* 1862, I, 24; Arndts, *Lehrb. d. Pandekten,* § 466; Schirmer, *Handb. d. röm. Erbrechts,* 1863, I, 94 ; Windscheid, *Lehrb. d. Pand.,* 3e éd., 1874, § 532; Maynz, III, 206; Kuntze, II, 608. Nous nous rattachons à ce second groupe, mais notre conjecture diffère des diverses hypothèses qui ont été proposées, en ce qu'elle restreint l'application première de la *b. p.* aux biens composant la fortune individuelle du *de cujus.* Nous faisons par conséquent remonter la *b. p.* à une époque assez ancienne, tandis que Huschke, par exemple, reporte l'introduction de la *b. p.* au temps où l'usucapion *pro herede* faisait acquérir non plus le titre d'héritier, mais seulement les corps héréditaires. Niebuhr (*Röm. Gesch.,* 2e éd., II, 73) avait déjà eu la pensée de restreindre l'application de la *b. p.* à certains biens du *de cujus,* mais ces biens étaient, d'après lui, les terres du domaine public qu'il avait occupées (*possessiones*). C'est là le côté faible de son opinion, qui a été cependant accueillie par Voigt (*Die staatsrechtliche* possessio, p. 25) : la *b. p.* aurait été une succession particulière aux patriciens, ce qui ne concorde avec rien de ce que nous savons sur la *bonorum possessio.*

Au temps de Gaius, la *bonorum possessio secundum tabulas* était subordonnée à l'existence d'un testament prétorien (1). Ce mode de tester diffère profondément du testament civil, bien que l'un et l'autre renferment une partie commune : la rédaction d'un écrit. En droit civil, les tablettes servent à faciliter la preuve des volontés du défunt ; en droit prétorien, elles constituent la partie essentielle du testament. Le testament civil puise sa force dans la déclaration verbale qui accompagne la mancipation et la présentation des tablettes aux témoins ; la perte des tablettes ne met pas à néant le testament, si l'on peut en prouver d'une autre manière l'existence et le contenu. Le testament prétorien fait corps avec les tablettes ; il n'exige ni mancipation ni déclaration verbale ; il suffit que les tablettes soient scellées par sept témoins (2).

Ce mode de tester existait-il dans notre période ? Pour avoir droit à la *bonorum possessio secundum tabulas,* faut-il produire un testament prétorien ? Justinien, faisant l'historique de l'introduction de notre *bonorum possessio,* et reproduisant, selon toute probabilité, un passage de Gaius, affirme que le préteur exigeait un testament fait *recte* (3). Le mot *recte* désigne ici un acte fait suivant les prescriptions du droit. Or, le seul testament régulier que l'on connaisse, même au temps de Gaius, c'est le testament par mancipation ; le testament prétorien était encore considéré comme un testament *non jure factum* (4).

Le récit de Justinien est conforme à ce que l'on sait sur la marche générale du droit prétorien. Il n'est pas vraisemblable que le préteur se soit dès l'abord posé en réformateur du droit civil, qu'il ait consacré un nouveau mode de tester à une époque si voisine de celle où les prudents, pour répondre aux besoins de la pratique, avaient transforné le testament par mancipation. Il a dû s'écouler un certain temps avant qu'on ait senti les inconvénients de cette forme de testament et qu'on ait eu la pensée de la simplifier (5).

La *bonorum possessio* fut donc subordonnée, dans le principe, à l'existence d'un testament *per æs et libram* rédigé par écrit. Ce n'est pas la seule différence qui existe entre les conditions requises pour obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas* au sixième

(1) Gaius, II, 119.
(2) Cf. Bachofen, *Ausgew. Lehren,* 275; Leist, op. cit., I, 461; IV, 191.
(3) Inst., III, 9, 2.
(4) Gaius, II, 119, 147, 149.
(5) Le changement paraît s'être produit vers le temps d'Auguste. (Voy. Leist, op. cit., I, 467.) Mais le testament prétorien n'a acquis une efficacité réelle que depuis un rescrit d'Antonin le Pieux qui a permis au *bonorum possessor* d'écarter l'héritier légitime par une exception de dol. Gaius, II, 120.

siècle et celles qu'impose le droit classique. L'édit du préteur, au temps de Cicéron, exige la production des tablettes du testament (*tabulas proferre*) ; plus tard, il suffit d'en alléguer l'existence, pourvu, d'ailleurs, qu'elle soit certaine (1).

Anciennement, l'édit ne fixait pas le nombre de témoins qui devaient apposer leur cachet : il s'en rapportait sur ce point à la loi (2). C'étaient sans doute les témoins de la mancipation qui devaient apposer leurs cachets sur les tablettes ; on ignore si le *familiæ emptor* et le porte-balance devaient en faire autant. Plus tard, l'édit du préteur urbain fixa à sept le nombre des témoins (3).

VI

ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

L'acquisition de l'hérédité par l'héritier testamentaire est subordonnée à une déclaration solennelle faite au domicile du testateur et devant témoins, après l'ouverture du testament. C'est la *cretio* (4) qui, à cette époque, est la seule manière de faire adition d'hérédité (5). Elle doit être faite en termes exprès et par l'institué en personne : c'est un *actus legitimus* (6).

A défaut de cette déclaration, l'héritier était considéré comme renonçant. Pour ne pas laisser trop lontemps dans l'incertitude les créanciers et les héritiers *ab* intestat, l'usage s'introduisit d'impartir à l'institué un délai pour faire *cretio*. Ce délai était ordinairement de cent jours (7).

La règle qui subordonne l'acquisition de l'hérédité à une adition solennelle fut étendue aux héritiers *ab* intestat, si du moins il est vrai, comme nous l'avons conjecturé, que les agnats n'aient pas eu aux premiers siècles la qualité d'héritiers (8). Par excep-

(1) Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 11, 1, 2.

(2) Cic., 2ª in Verr., I, 45 : Si... tabulæ testamenti obsignatæ non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Cf. sur le sens des mots *e lege*, Leist, op. cit., I, 83 ; Bruns, Comment. in honor. Mommseni, 1877, p. 494.

(3) Ulp., 8 ad Sab., D., XXXVIII, 6, 3 ; Gaius, II, 119 ; Ulp., XXVIII, 6.

(4) Voy. *supra*, p. 295, n. 4.

(5) Varr., L. l., VII, 5, 98 : « Crevi valet constitui ; itaque heres, cum constituit se heredem esse dicitur *cernere*, et cum id fecit crevisse. » Ailleurs (VI, 8, 81), Varron dit : « *Cernito*, id est facito videant te esse heredem. » Gaius, II, 164.

(6) Gaius, II, 166. Pap., 28, quæst., D., L, 17, 77. Au temps de Cicéron, la *cretio* pouvait être faite par un messager, par un esclave. Institué héritier par Cluvius, Cicéron (loc. cit.) envoie son esclave Pollex faire la *cretio*.

(7) Gaius, II, 165, 170-172.

(8) Voy. *supra*, p. 285, 291.

tion, l'héritier sien fut dispensé de faire adition d'hérédité : par un souvenir de sa qualité d'héritier domestique, on admit qu'il serait de plein droit investi de l'hérédité (1).

La *cretio*, comme toute manifestation de volonté, ne peut être faite valablement par une personne incapable d'avoir une volonté, comme un enfant (2) ou un fou. Elle ne peut être faite par un fils de famille ou par un esclave que sur l'ordre de son maître. C'est que l'adition n'a pas seulement pour effet de faire acquérir l'hérédité : elle impose à l'héritier la charge du culte et des legs. Le maître de maison ne peut pas se trouver obligé à son insu, par un acte de son fils ou de son esclave. Il ne suffirait même pas, pour que l'adition fût valable, qu'il donnât après coup son approbation ; on exige, non pas une simple ratification, mais un ordre exprès antérieur à l'adition (3).

L'adition a-t-elle également pour effet de mettre à la charge de l'héritier les dettes du défunt? On a prétendu que les dettes étaient primitivement intransmissibles : nous verrons, en étudiant les obligations, dans quelle mesure cette proposition peut être acceptée.

VII

RÉGLEMENTATION DE LA LIBERTÉ DE TESTER.

L'introduction de la liberté de tester enleva à l'hérédité le caractère moral qui, jusqu'alors, avait servi à la justifier. Ce n'est plus, comme autrefois, la pensée d'assurer à la famille les biens nécessaires à ses besoins qui légitime le droit des enfants sur les biens patrimoniaux. Désormais, en droit sinon en fait, l'attribution de l'hérédité est une simple conséquence du droit de propriété : celui qui peut librement disposer de ses biens entre vifs, même à titre gratuit, peut non moins librement en disposer à cause de mort. C'est la volonté arbitraire du testateur, et à défaut celle de la loi, qui détermine les personnes appelées à recueillir l'émolument de l'hérédité.

Présentée comme une conséquence du caractère absolu du

(1) GAIUS, II, 157.

(2) Lorsque l'impubère est sorti de l'*infantia*, il peut faire adition avec l'*auctoritas* de son tuteur. Cf. J.-E. LABBÉ, *De l'acceptation de l'hérédité échue à un pupille*. (App. au t. II d'Ortolan, p. 705.)

(3) C'est là, dit G. Cassius (ap. ULP., 8 ad Sab., D., XXIX, 2, 25, 4), une différence avec l'*auctoritas* du tuteur qui se donne au moment même de l'acte : l'ordre du maître doit précéder l'adition. Plus tard, un rescrit d'Antonin le Pieux (ULP. 6 ad Sab., eod., 6, 3) décida qu'on pourrait se contenter d'une ratification.

droit de propriété, l'hérédité reposait sur une base fragile. L'homme supporte avec peine l'arbitraire dans les actes de la volonté ; il se révoltera d'autant plus facilement que la volonté qu'on prétend lui imposer est celle d'un mort. Pour s'y soumettre, il demandera à se convaincre qu'elle donne satisfaction à ce sentiment de justice qui commande au testateur de pourvoir aux besoins de la famille qu'il a fondée.

Une réaction ne tarda pas à se produire, et la liberté de tester fut peu à peu l'objet d'une réglementation minutieuse. Une série de dispositions, introduites par la jurisprudence ou par la loi, vint, au cours du sixième siècle, poser des limites au pouvoir arbitraire des testateurs. Le mouvement se continua dans les siècles suivants. La liberté absolue de tester n'a existé à Rome ni à l'origine, ni sous l'Empire ; on ne la rencontre que dans une période intermédiaire, celle que nous étudions en ce moment. Elle fut admise non par un acte législatif, mais par suite d'un concours de circonstances qui eurent pour effet d'assimiler les biens patrimoniaux à la fortune individuelle et d'étendre l'application de la règle des Douze Tables qui consacrait la liberté de léguer les biens composant la *pecunia*.

Il n'est pas inutile de remarquer que les premières restrictions à la liberté de tester datent de notre période : il est difficile de croire qu'il y ait là une simple coïncidence. Il est plus vraisemblable d'admettre que si, jusqu'alors, le droit de tester n'avait pas été limité, c'est qu'il n'était pas entièrement libre. Les abus ont commencé à apparaître et l'intervention du législateur est devenue nécessaire, lorsqu'on eut supprimé les entraves résultant de l'affectation des biens patrimoniaux aux besoins de la famille.

Les dispositions restrictives que nous avons à signaler ici sont au nombre de quatre : trois sont dues à la jurisprudence, une au législateur. Elles tendent à prévenir des abus qui consisteraient à déroger à des principes consacrés par la coutume des ancêtres ou à l'esprit qui l'animait : le respect des droits des héritiers domestiques, l'incapacité des femmes d'être instituées héritières.

I. — Nous avons essayé d'établir que, d'après la coutume des premiers siècles, le testament n'était usité, en principe, qu'à défaut d'héritier sien. Cette conjecture trouve sa confirmation dans deux règles qui paraissent appartenir à notre période, et qui prouvent que l'on ne voyait pas avec faveur la confection d'un testament lorsqu'il y avait des héritiers siens : dans ces deux cas, les Romains n'ont pas hésité à admettre la rupture ou la nullité du testament, bien qu'en général ils aient peu de goût pour la succession *ab* intestat.

1° Les prudents ont étendu la qualité d'héritiers siens aux posthumes : par suite, la naissance d'un posthume entraîne la rupture du testament (1).

2° Le chef de famille qui a des héritiers siens ne peut tester valablement sans se prononcer sur la situation qu'il entend leur faire : il doit, ou leur confirmer le titre d'héritier en les instituant, ou le leur retirer en les exhérédant. L'omission entraîne la nullité du testament (2).

Cette règle fut admise d'abord au cas où le testateur avait cru par erreur que son fils était mort (3). On l'étendit au cas d'omission : l'erreur fut ici présumée (4). Pour écarter cette présomption, le testateur dut prendre soin d'exhéréder son héritier sien lorsqu'il ne voulait pas lui laisser son hérédité.

Cette règle a été rigoureusement appliquée aux fils que le testateur avait en sa puissance à son décès. Pour les filles, qui ne pouvaient être instituées, d'après la loi Voconia, lorsque la fortune paternelle dépassait un certain chiffre, l'omission fit présumer la volonté du père de ne pas laisser à sa fille une quotité supérieure à celle que la loi lui permettait de léguer, c'est-à-dire la moitié de ses biens s'il avait une fille unique, une part virile s'il avait plusieurs enfants. Le testament fut maintenu, mais on traita la fille comme si elle avait été instituée : on donna à chaque fille une part virile lorsqu'elle concourait avec des héritiers siens; on donna aux filles, quel qu'en fût le nombre, moitié de la succession si elles concouraient avec des étrangers.

On appliqua au petit-fils la même règle qu'à la fille : c'était une atténuation apportée à la rigueur de la règle primitive. Nous avons déjà rencontré un autre cas où l'on a atténué l'application d'une disposition des Douze Tables en traitant de la même manière les filles et les petits-fils (5).

3° La rupture du testament par l'agnation d'un posthume était, dans le principe, irrémédiable. Les prudents trouvèrent excessif que le *de cujus* ne pût prévenir la rupture de son testament : ils admirent qu'on pourrait l'éviter en instituant par avance ou en exhérédant le posthume. C'était une dérogation à

(1) Ulp., XXII, 18; Inst., II, 13, 1. Voy. *supra*, p. 162.

(2) Ulp., XXII, 14.

(3) Cic., De or., I, 38; Val. Max., VII, 7, 1.

(4) C. J., VI, 29, 1 : Cujus non meminit. Inst., II, 13, 1 : Ne videantur per oblivionem præteritæ esse.

(5) La jurisprudence du tribunal des centumvirs établit une autre distinction entre le fils et la fille : l'exhérédation du fils devait être nominative. La fille ou les petits-fils pouvaient être exhérédés *inter ceteros,* c'est-à-dire sans être individuellement désignés. (C. J., VI, 28, 4 pr.) La jurisprudence se fixa en ce sens vers le temps de Cicéron. (Cic., De or., I, 38, 57; Val. Max., VII, 7, 1.)

la règle qui refuse aux personnes incertaines la capacité d'être instituées (1).

II. — Tandis que les dispositions établies pour sauvegarder les droits des héritiers siens sont dues à la jurisprudence (2), c'est la loi qui a retiré aux femmes, dans certains cas, la capacité d'être instituées héritières. Le premier chapitre de la loi Voconia défend à tout citoyen inscrit sur les registres du cens pour une fortune d'au moins cent mille as d'instituer pour héritier une femme ou une jeune fille (3).

La loi Voconia est un plébiscite voté en 585 sur la proposition du tribun de la plèbe Q. Voconius Saxa (4).

Quels motifs ont déterminé le législateur à frapper les femmes d'une incapacité nouvelle? Aulu-Gelle range la loi Voconia parmi les lois somptuaires. Quintilien dit qu'elle eut pour but d'empêcher les femmes d'acquérir de trop grandes richesses et, par suite, trop de puissance dans la cité (5). On en a conclu que la loi Voconia a voulu tarir le luxe des femmes en les empêchant de s'enrichir, et, par suite, qu'elle leur a retiré la vocation à la succession légitime aussi bien que la capacité d'être instituées (6).

(1) Ulp., 3 ad Sab., D., XXVIII, 3, 3 pr. : Postumi... ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt.

(2) Ulp., XXII, 19 : Ex jure civili.

(3) Cic., In Verr., II, 1, 42 : Sanxit in posterum qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. Gaius, II, 274 : Mulier... ab eo qui centum milia æris census est, per legem Voconiam heres institui non potest.

(4) Liv., Ep., XLI; Gell., XX, 1. La date de la loi ressort de deux passages de Cicéron : le premier dit que la loi fut votée pendant la censure de Postumius et de Fulvius (in Verr., II, 1, 41), c'est-à-dire de 580 à 585; le second nous apprend que Caton l'Ancien appuya devant le peuple le projet de loi, sous le consulat de Cæpion et de Philippe, et qu'il avait alors soixante-cinq ans. Caton étant né en 520, la date de la loi est bien l'année 585.

(5) Gell., XX, 1; Quint., Decl., 264.

(6) La question de savoir si la loi Voconia s'applique à la succession *ab* intestat est discutée. Elle offre un intérêt particulier lorsque le testateur laisse une fille unique. Si cette fille est instituée, le testament est nul, et avec le testament tombent toutes les dispositions qui s'y trouvent contenues; mais aussitôt la succession *ab* intestat est ouverte, et la fille recueille la totalité des biens de son père à titre d'héritière légitime, sans être tenue d'exécuter aucune des clauses du testament. Voilà, dit-on, le résultat singulier auquel on aboutit, si l'on applique la loi Voconia aux successions testamentaires et non aux successions *ab* intestat. Nous verrons tout à l'heure si ce résultat est aussi singulier qu'il le semble au premier abord, et si la distinction des deux sortes de successions au point de vue de la loi Voconia ne peut être justifiée. Constatons pour le moment que l'opinion adverse est difficile à admettre. Comment croire que Voconius et Caton aient persuadé au peuple de voter une loi aussi contraire aux sentiments de la nature et qui aurait défendu à un père de laisser *ab* intestat son hérédité à sa fille? On serait arrivé à cette conséquence bien étrange : les filles des citoyens riches auraient été réduites à la misère, tandis que les filles des citoyens possédant moins de cent mille as auraient pu recueillir l'intégralité du patrimoine paternel. Pour échapper à cette objection, quelques auteurs ont proposé une distinction : la loi Voconia, disent-ils, ne s'appliquait qu'aux successions testamentaires, mais elle souffrait une exception, elle ne défendait pas d'instituer la fille

Si la raison donnée par Quintilien avait une portée générale, il faudrait en tirer une conclusion qu'il est impossible d'accepter; il faudrait admettre qu'il était défendu de doter richement les femmes. La constitution de dot était, dans une certaine mesure, considérée comme un avancement d'hoirie (1); elle était proportionnée à la fortune des parents (2). S'il eût été défendu à une fille appartenant à une famille riche de recueillir l'héritage de son père, il aurait dû être pareillement interdit de lui constituer une dot. Les femmes richement dotées n'étaient que trop portées à abuser de l'indépendance que leur assurait leur fortune : Plaute s'en est fait plus d'une fois l'écho dans ses comédies (3). Et cependant il est certain que les constitutions de dot n'ont été l'objet d'aucune restriction. Elles étaient vues avec tant de faveur, au milieu du sixième siècle, que la loi Cincia, qui est venue contenir dans de justes limites les donations, a fait exception pour la dot constituée par un cognat, quel que fût le degré sa parenté (4).

Il faut donc chercher une autre explication de la loi Voconia. A notre avis, cette loi a été introduite sous l'influence d'une double cause : on a d'abord voulu consacrer législativement une coutume antérieure. L'institution d'une femme répugnait à l'esprit de l'ancien droit (5) : on ne pouvait choisir, pour continuer la maison du *de cujus,* une personne qui était incapable de la diriger sans le concours d'un tuteur. Tant que l'institution d'héritier fut soumise à l'approbation des pontifes et du peuple, il fut inutile de consacrer par une loi générale l'incapacité de la femme ; il en fut autrement lorsque le testament comitial fut tombé en désuétude, et qu'il se rencontra des testateurs qui ne se firent

unique du testateur (Hugo, *Röm. R. G.*, § 169; Savigny, *Verm. Schr.*, I, 438 ; Hölder, 111). Cette explication semble d'autant plus naturelle que les Romains considéraient comme un devoir pour un père d'instituer sa fille, de sorte que s'il l'avait omise, elle était cependant autorisée à recueillir une partie de l'hérédité en vertu du *jus adcrescendi.* Mais les textes ne font aucune allusion à cette exception; il y en a même qui l'excluent expressément (Cic., In Verr., II, 1, 41; Augustin, De civit. Dei, III, 21). Les Vestales seules échappaient à la loi Voconia (Cic., De rep., III, 19), sans doute par compensation de l'incapacité dont elles étaient frappées de succéder *ab* intestat (voy. *supra,* p. 164). L'existence du *jus adcrescendi,* loin d'être en contradiction avec cette manière de voir, permet de comprendre comment la loi Voconia a pu, sans une rigueur excessive, établir une prohibition générale applicable à toutes les femmes, même à la fille du testateur. Par l'effet de ce droit, la dureté de la règle était pour cette fille considérablement atténuée.

(1) Varr., R. r., III, 16. Appius dit de son beau-frère Lucullus qu'il a épousé sa sœur sans dot : *A quo hereditate mihi cessa.*

(2) Val. Max., IV, 4, 10 : In quo... habitus veterum patrimoniorum cognosci potest.

(3) Voy. Costa, *Il diritto nelle comedie di Plauto,* 161.

(4) Vat. Fr., 305.

(5) Cf. Cogliolo sur Padeletti, 207.

aucun scrupule de violer une antique coutume. Sans doute, on n'a jamais songé à exclure la femme de l'hérédité domestique : c'est qu'elle lui appartenait, en vertu de la coutume des ancêtres, à titre de membre de la maison et de la famille. Mais, pour l'hérédité d'un tiers, alors qu'on avait un choix à faire, pourquoi aurait-on donné la préférence à une personne qui n'était pas par elle-même en état de défendre le patrimoine du défunt?

A côté de cette raison générale, il y en a une d'un caractère spécial qui a décidé le législateur à restreindre l'application de la loi aux citoyens dont la fortune avait une certaine importance : c'est un motif de défiance envers les femmes, motif analogue à celui qui les a fait mettre en tutelle. On a pensé qu'elles seraient hors d'état de bien administrer cette fortune. Le danger était d'autant plus grand que la tutelle commençait à ne plus être prise au sérieux. Mais le danger n'existait que pour les femmes que leur situation de famille, leur éducation n'avaient pas accoutumées à ces richesses : on redoutait pour elles le moment de crise que traverse toute personne qui, sans transition, passe de la pauvreté à l'opulence. On n'avait rien de semblable à craindre pour les femmes qui recueillaient *ab* intestat la fortune paternelle, quelle qu'en fût l'importance; il en était de même pour celles qui recevaient une grosse dot, soit de leur père, soit même d'un cognat (1).

Deux conditions sont requises pour l'application du premier chapitre de la loi Voconia : 1° que le testateur ait une fortune d'au moins cent mille as; 2° qu'il soit inscrit sur les registres du cens (2).

(1) Voy. sur l'extension donnée à la loi Voconia par la jurisprudence qui refuse la succession *ab* intestat aux femmes au delà du degré de sœurs consanguines, *supra*, p. 86. Cf. BACHOFEN, *Die* lex Voconia *und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute,* 1843, p. 22; VANGEROW, *Ueber die* lex Voconia, 1863, p. 21.

(2) Ces deux points sont constants; mais une vive controverse s'est élevée sur la question de savoir quel est le montant de la somme fixée par la loi, puis ce qu'il faut entendre par *census*. Nous n'insisterons pas sur la première question qui appartient plutôt à la numismatique. Les uns pensent que la loi a parlé d'as de deux onces, les autres de sesterces. (Voy. MOMMSEN, *Histoire de la monnaie romaine,* II, 31; SAVIGNY, *Verm. Schr.*, I, 407; VANGEROW, 9; BACHOFEN, 28; BELOT, *Histoire des chevaliers romains,* I, 285.) On est d'ailleurs d'accord pour reconnaître que le chiffre était peu élevé relativement aux fortunes de la fin du sixième siècle, et par suite que la loi avait une assez large application. — Sur la seconde question, on s'est demandé s'il fallait réellement être inscrit sur les registres du cens, ou s'il suffisait d'avoir une fortune telle que l'on pût y être inscrit. A ne consulter que l'esprit de la loi, il faudrait s'en tenir au second parti; mais comme il s'agit d'une loi exorbitante du droit commun, c'est l'interprétation restrictive qui doit être préférée. La solution n'est pas dénuée d'intérêt pratique : l'obligation de se faire inscrire sur les registres du cens, sous peine d'être vendu comme esclave, perdit une partie de sa raison d'être lorsqu'en 587, après la conquête de la Macédoine et le triomphe de Paul-Émile, le tribut payé par les citoyens fut

III. — Bien que le testament fait en temps de paix soit devenu un acte privé, il est resté soumis, ainsi qu'on vient de le voir, à des conditions de forme et à des conditions de fond. Il ne sera pas inutile de les grouper ici dans un tableau d'ensemble.

1° En la forme, le testament consiste en une déclaration solennelle contenant essentiellement une institution d'héritier, et suivie sans interruption d'une mancipation des biens du testateur au profit d'une sorte de mandataire chargé de les transmettre à l'héritier après la mort du disposant.

Si le testateur a des fils en sa puissance, et qu'il ne veuille pas les instituer, il doit avoir soin de les exhéréder. Il en est de même pour les posthumes.

2° Le testament doit être fait par une personne capable, c'est-à-dire par un citoyen romain, chef de famille. Sont incapables les pérégrins, les esclaves, les fils de famille et les femmes *in manu*. Sont également incapables de tester ceux qui ne peuvent prendre part à un acte juridique et en particulier à une mancipation : les impubères, les fous, les prodigues (1). Quant aux femmes, qui étaient incapables de tester dans les comices, elles peuvent faire usage du testament *per æs et libram*, mais avec l'*auctoritas* de leur tuteur.

3° L'institution doit avoir lieu au profit d'une personne capable. La capacité s'entend ici d'une manière très large : il n'est pas nécessaire d'être chef de famille ; il s'agit en effet d'une acquisition, et par suite elle peut se réaliser par l'intermédiaire d'une personne en puissance, telle qu'un fils de famille ou un esclave. Mais, dans ce dernier cas, il faut que l'esclave ait un maître capable d'être institué par le testateur : l'esclave sans maître ou même l'esclave du testateur ne pourraient être institués (2).

Sont incapables les pérégrins, les femmes en vertu de la loi Voconia, les personnes incertaines, telles que les posthumes. Nous avons vu toutefois qu'on a, de bonne heure, fait une exception pour les posthumes siens.

IV. — Un testament régulièrement fait peut rester inefficace par suite d'événements postérieurs à sa confection.

supprimé en fait, sinon en droit (PLIN., H. n., XXXIII, 11, 56 ; CIC., De off., II, 22). Dès lors bien des citoyens négligèrent de se faire inscrire, sans qu'on songeât à leur appliquer la peine édictée par la loi. Ce fut une des causes qui contribuèrent à faire tomber en désuétude la loi Voconia. Cf. GIRAUD, *Du vrai caractère de la loi Voconia*, 1841.

(1) La cause de l'incapacité du prodigue interdit, c'est qu'il est privé du *commercium*. ULP., XX, 13. Cf. AUDIBERT, *Nouv. Rev. hist.*, 1890, p. 543, 575.

(2) L'usage d'instituer son propre esclave comme héritier nécessaire se rattache,

D'abord il peut être révoqué. Le testament n'est qu'un projet jusqu'à la mort du testateur. Mais pour le révoquer, il ne suffit pas à Rome de changer de volonté ; il faut faire un nouveau testament (1).

Le testament peut aussi être rompu par la survenance d'un héritier sien : un posthume, une femme *in manu*. Nous savons qu'on peut prévenir la rupture du testament dans le premier cas, en instituant par avance ou en exhérédant le posthume.

Le testament est infirmé (*irritum*) si le testateur subit une *capitis deminutio* ou si l'héritier est devenu incapable ou répudie l'hérédité (2).

CHAPITRE VII

Les legs et la « mortis causa capio ».

I

TRANSFORMATION DU CARACTÈRE DES LEGS.

Malgré les changements introduits dans le mode de tester, la faculté de léguer ne fut pas supprimée ; mais la règle qui obligeait le testateur à instituer un héritier acquéreur de tous les biens eut pour effet de modifier le caractère du legs. Le mot legs prit une acception plus étroite : il désigne désormais une libéralité faite par testament (3) et constituant une charge de l'hérédité. Le legs

d'après Gaius, II, 154, à la procédure de la *bonorum venditio*. Cette procédure ne paraît pas antérieure au septième siècle.

(1) Gaius, II, 144 ; Krueger, *Kritische Versuche im Gebiete d. r. R.*, 1870, p. 1.

(2) Gaius, II, 146. Inst., II, 17, 2.

(3) Dans un mémoire qui nous est parvenu tardivement et qui contient de bonnes observations, Fadda (*Dell'origine dei legati*, 1888) a étudié la question de l'origine du legs *per vindicationem*. Il pense comme nous que ce legs est incompatible avec le testament comitial, mais il va plus loin en soutenant qu'il n'existait pas avant les Douze Tables. Cependant, comme il est difficile de croire qu'on n'ait pas eu de tout temps l'habitude de faire des dispositions à titre particulier en vue de la mort, Fadda conjecture qu'on avait recours à la donation à cause de mort. Cette donation différerait de celle que les textes nous font connaître, en ce qu'elle n'entraînait ni une mancipation ni une tradition actuelles. L'introduction du legs *p. v.* se rattache, d'après Fadda, à l'usage de la *familiæ mancipatio :* le legs ne serait autre chose qu'une recommandation faite par le *de cujus* à l'acquéreur de la *familia ;* cette recommandation serait devenue obligatoire depuis les Douze Tables. Il nous paraît difficile d'accueillir cette hypothèse, qui soulève bien des objections. Nous ne voyons pas notamment comment la loi qui consacre la validité des legs relatifs à la *pecunia* pourrait s'appliquer à un acte de disposition de la *familia*.

fut, par suite, distinct des autres dispositions de dernière volonté, telles que la nomination d'un tuteur; on réserva le nom de legs aux actes imposant une charge à l'héritier, lui enlevant une partie des biens héréditaires (1).

La *damnatio* devint la forme la plus régulière de faire un legs. Le legs *per damnationem* fut, par excellence, le type du legs (*optimum jus legati*) (2). Le legs *per vindicationem*, par lequel le testateur confère directement la propriété au légataire, n'était plus en harmonie avec l'idée nouvelle : tout à l'héritier. Cette forme de legs aurait dû disparaître. L'esprit conservateur de la jurisprudence n'osa pas le proscrire : c'eût été contraire à la lettre des Douze Tables. On le toléra, à la condition d'employer les paroles consacrées (3).

A côté des legs *per vindicationem* et *per damnationem*, on rencontre une troisième forme de legs : le legs *sinendi modo*. Il est assez difficile de dire quels furent, dans le principe, le caractère et l'utilité de cette nouvelle espèce de legs. Gaius nous fait connaître deux des particularités qui le distinguent : 1° il diffère du legs *per vindicationem* en ce que la chose léguée peut ne pas appartenir au testateur lors de la confection du testament. Il n'est même pas nécessaire qu'elle lui appartienne à son décès : on peut léguer *sinendi modo* une chose de l'héritier; 2° le legs *sinendi modo* différait du legs *per damnationem* quant à son efficacité : d'après certains jurisconsultes, il n'imposait pas à l'héritier une véritable obligation, mais un simple devoir. D'autres le sanctionnaient par une action *incerta* (4).

(1) FLORENT., 11 Inst., D., XXX, 116 pr. : Legatum est *delibatio hereditatis*, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. PAUL, 47 ad Ed., D., XXXIX, 2, 3 : Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

(2) GAIUS, II, 197; ULP., XXIV, 11.

(3) Le maintien du legs *per vindicationem* donna lieu à des difficultés dont on trouve la trace dans les écrits des juriconsultes. Il n'était pas facile de concilier l'idée d'une attribution directe de la propriété avec le principe que l'hérédité repose tout entière sur la tête de l'héritier. Les divergences d'opinion qui se produisirent entre les Sabiniens et les Proculiens, quant au legs *per vindicationem*, n'ont pas d'autre cause (GAIUS, II, 200). Les Sabiniens s'arrêtèrent au parti le plus simple : conserver à ce legs son ancien effet, puisqu'on en conservait aussi la forme, mais sous cette réserve que l'efficacité du legs serait subordonnée à l'adition. En acceptant l'hérédité, l'héritier ratifiait la libéralité faite directement par le testateur. Les Proculiens trouvèrent sans doute étrange que la propriété passât directement du *de cujus* au légataire sans solution de continuité, alors qu'il en était autrement des biens recueillis par l'héritier. Ces biens étaient *res nullius* jusqu'à l'adition; les choses léguées *p. v.* devaient pareillement rester *res nullius* jusqu'à l'acceptation du légataire. Lorsqu'au deuxième siècle la personnalité de l'héridité jacente fut admise, l'objection des Proculiens perdit sa raison d'être; le triomphe de l'opinion des Sabiniens fut assuré. Cf. sur l'intérêt pratique de cette controverse, BUFNOIR, *Théorie de la condition*, 1867, p. 360.

(4) GAIUS, II, 209-211, 213.

Ce dernier renseignement a son importance : les actions *incertæ* ont été admises assez tard dans la procédure romaine, vers la fin de la République. Le legs *sinendi modo* était donc jusqu'alors sans valeur juridique (1).

Le testateur, qui voulait disposer d'une chose qu'il n'avait pas actuellement en sa propriété, avait le choix entre deux partis : imposer à son héritier une obligation rigoureuse sous forme de *damnatio ;* l'inviter à laisser le gratifié se mettre en possession de l'objet légué. Cette dernière clause n'imposait pas à l'héritier une obligation proprement dite, mais un simple devoir ; c'était une sorte de fidéicommis, avec cette différence que l'héritier n'avait pas à jouer un rôle actif. En cas d'inexécution de ce devoir, le gratifié n'avait pas d'action contre l'héritier. Pouvait-il du moins le conduire devant un arbitre? On peut le conjecturer, bien que les textes ne parlent pas d'arbitrage à propos des legs (2).

Quelle était l'utilité de ce nouveau mode de disposer à côté du legs *per damnationem ?* Cette utilité est double : d'une part, le testateur désire ménager son héritier et ne veut pas l'exposer ni à une voie d'exécution rigoureuse, à la prise de corps qui est la conséquence du legs *per damnationem ;* ni à payer deux fois la valeur du legs en cas de dénégation mal fondée. D'autre part, le legs *sinendi modo* a une portée plus large que le legs *per damnationem :* il n'est pas limité aux choses qui se pèsent ou qui se comptent (3).

La libéralité faite *sinendi modo* conférait au bénéficiaire la faculté de se mettre en possession de la chose. Bien qu'il n'y eût pas tradition matérielle de la chose, comme le gratifié en prenait possession par la volonté du testateur, il pouvait usucaper et par

(1) Gaius, II, 214.

(2) Voici cependant un fait qui donnerait quelque créance à cette conjecture. D'après une opinion, soutenue par Julien, mais qui était sans doute plus ancienne, l'héritier tenu d'un legs *sinendi modo,* de même que l'héritier grevé d'un fidéicommis, était débiteur des intérêts et des fruits en cas de retard dans l'exécution de son obligation (Gaius, II, 280). D'où vient cette particularité du legs *sinendi modo,* sinon de ce que, à l'époque où ce legs n'était pas encore sanctionné par une action en justice, l'arbitre chargé de décider si l'héritier avait tort de s'opposer à l'exécution du legs avait une latitude d'appréciation qui faisait défaut au juge dans le cas d'un legs *per damnationem?*

(3) Voigt, *Ueber die staatsrechtliche* possessio, 10. Ferrini, *Teoria generale dei legati,* 14, entend le legs *sinendi modo* d'une tout autre manière : ce serait un *legatum rei* sanctionné par une action réelle, et qui différerait du legs *per vindicationem* en ce qu'il aurait pour objet des choses dont le testateur n'avait pas la propriété quiritaire. Ce serait la forme de transition entre le legs *p. v.,* seul admis, d'après lui, à l'origine, et le legs *p. d.,* qu'il ne croit pas antérieur au troisième siècle. Ces diverses hypothèses nous paraissent difficiles à admettre : rien dans les textes ne permet de soupçonner que le legs *sinendi modo* ait jamais été autre chose qu'un legs de créance.

suite acquérir la propriété (1). Il y avait ici une *mortis causa capio*, et non un legs proprement dit; la loi Furia et la loi Voconia distinguent ces deux manières d'acquérir (*legatorum mortisve causa capere*).

II

OBJET DES LEGS.

I. — D'après la loi des Douze Tables, le legs avait pour objet les biens composant la fortune individuelle (*pecunia*) du disposant. En droit classique, le legs *per vindicationem* s'applique aux *res mancipi* aussi bien qu'aux *res nec mancipi*. Mais si, à cet égard, on a élargi la sphère d'application de ce legs, à un autre point de vue elle a été restreinte. On s'attache, non plus à la nature de la chose, mais au droit que le testateur avait sur elle : il faut que l'objet légué lui appartienne en propriété quiritaire au jour de la confection du testament et au jour du décès.

Cette double modification de la portée primitive du legs *per vindicationem* date, selon toute vraisemblance, de notre période. L'extension du legs *per vindicationem* aux *res mancipi* est une conséquence de la confusion qui s'est produite à cette époque entre les biens patrimoniaux et la fortune individuelle, de la suppression des entraves à la liberté de disposer des biens patrimoniaux. La restriction du legs *per vindicationem* aux choses appartenant au testateur en propriété quiritaire est due sans doute à l'interprétation des prudents.

Cette interprétation restrictive ne doit pas nous surprendre : le legs *per vindicationem* était, dans la forme, en opposition avec le caractère nouveau du legs, qui était considéré comme un prélèvement sur l'hérédité. On n'osa pas le supprimer, mais on en limita l'application aux cas où le *de cujus* avait pu mesurer la portée de son legs et où l'exécution pouvait en être faite aisément après son décès.

II. — En droit classique, le legs *per damnationem* peut avoir pour objet toute espèce de choses appartenant ou non au testateur, même des choses futures (2). Dans l'ancien droit, ce legs avait une sphère d'application plus limitée : il paraît n'avoir eu pour objet que des choses certaines qui se comptent ou qui se pèsent (3).

(1) PAP., 23 Quæst., D., XLI, 8, 8.
(2) GAIUS, II, 202, 203.
(3) Cette assertion s'appuie sur divers faits : 1° l'héritier tenu d'un legs *per damna-*

Pour toute autre espèce de choses, le testateur avait le choix entre deux partis : ou bien se borner à inviter l'héritier à laisser le gratifié prendre possession de la chose ; ou joindre à sa disposition une clause pénale qui était encourue par l'héritier dans le cas où il aurait empêché le légataire de prendre la chose léguée (1).

III

LA *MORTIS CAUSA CAPIO*.

Dans divers documents des sixième et septième siècles, il y a deux sortes de libéralités à cause de mort qui sont constamment rapprochées : le legs et la *mortis causa capio*. Dans les lois Furia et Voconia, l'acquisition *mortis causa* est mise sur la même ligne que l'acquisition à titre de legs ; il en est de même dans l'édit de P. Mucius Scævola, qui fut grand pontife en 631 (2).

A quelle espèce de libéralités s'applique la dénomination de *mortis causa capio ?* Les textes ne sont pas sur ce point très

tionem ne pouvait être libéré *per æs et libram* que si le legs avait pour objet des choses certaines qui se comptent ou qui se pèsent (Gaius, III, 175). Si l'on remarque que la libération par l'airain et la balance était le seul mode d'extinction des obligations d'après l'ancien droit, on en conclura que le legs *p. d.* s'appliqua dans l'origine seulement aux cas où l'on conserva plus tard l'usage de la *solutio per æs et libram ;* 2° l'action qui sanctionnait le legs *p. d.* n'était donnée au double que si le legs avait pour objet une chose certaine (Gaius, IV, 9) : c'est encore un souvenir du temps où ce legs n'avait qu'une sphère d'application limitée. Lorsque plus tard il put avoir pour objet toute espèce de choses, on n'étendit pas à l'action *ex testamento incerta* un privilège qui avait été créé pour l'action *certa ;* 3° l'usage du *legatum pro dote* mérite également d'être remarqué (*supra*, p. 498) : le mari léguait à sa femme une somme d'argent équivalente au montant de sa dot. Pourquoi ne chargeait-il pas tout simplement son héritier de lui remettre les biens dotaux ? Ce n'est pas seulement parce que la dot a reçu assez tard le caractère d'universalité juridique : rien n'aurait empêché de traiter la dot comme on traita d'abord l'hérédité et d'y voir une collection de choses corporelles et de créances. S'il en fut autrement, c'est que le legs *p. d.* ne pouvait avoir pour objet que des quantités certaines qui se comptent ou qui se pèsent. Lorsqu'on eut élargi sa portée primitive, on vit apparaître le *legatum dotis* à côté du *legatum pro dote*. Cf. sur l'usage tardif du *legatum dotis*, Esmein, *Mélanges*, 46.

(1) Paul, Ad leg. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 8. Un testateur charge son héritier de donner à Seius des provisions de bouche (*penum*), et il joint à sa disposition une clause pénale : le legs a pour objet, non pas les provisions, mais le montant de la peine. Sans doute l'héritier peut se libérer en donnant les provisions de bouche ; mais s'il le fait, Seius les acquerra non à titre de legs, mais à titre de *mortis causa capio*. Si les provisions de bouche ne peuvent faire l'objet d'un legs, s'il faut y joindre une clause pénale, c'est qu'à l'époque où l'action *ex testamento incerta* n'était pas encore admise, la clause pénale était le seul moyen de sanctionner un acte sans valeur juridique. Cf. Ulp., 24 ad Sab., D., XXXIII, 9, 1. Le legs de *penus* était usité au temps de Sextus Ælius (*supra*, p. 474). Voy. sur les fragments relatifs à ce legs, Sanio, *Z. Gesch. d. r. Rw.*, 21, 67, 101.

(2) Gaius, II, 224 ; Cic., De leg., II, 21.

explicites. L'expression *mortis causa capio* présente quelque chose de vague : on l'applique dans tous les cas où l'on admet la possibilité d'acquérir à cause de mort, en exceptant les causes d'acquisition qui ont un nom technique, telles que l'hérédité ou le legs (1).

Le sens de cette expression a donc pu varier suivant les époques : à mesure que la sphère d'application des legs a été élargie, on y a fait entrer un certain nombre de cas qui, auparavant, constituaient de simples *mortis causa capiones*. C'est ainsi que la loi Falcidie, qui, d'après Gaius, poursuivait le même but que les lois Furia et Voconia, ne parle que des legs et garde le silence sur la *mortis causa capio* : dans l'intervalle de plus d'un siècle qui s'est écoulé entre la loi Voconia et la loi Falcidie, le legs *per damnationem* avait reçu une portée générale.

Dans l'ancien droit, la *mortis causa capio* fut, à notre avis, admise dans deux cas : d'abord dans le cas où un citoyen, se trouvant en danger de mort, mancipait sa *familia* à un ami en le priant de remettre certains biens à des personnes déterminées. Il n'y avait pas ici un legs proprement dit, pas plus qu'une institution d'héritier : il y avait, pour le gratifié qui recueillait les biens, une *mortis causa capio*. Plus tard, après la transformation du testament par l'airain et la balance, la *mortis causa capio* eut lieu dans les cas où le testateur invitait son héritier à laisser un tiers prendre possession de certains biens dont il ne pouvait disposer ni *per vindicationem*, ni *per damnationem* : c'étaient soit des choses qui n'étaient pas en sa propriété lors de la confection du testament, soit des choses autres que celles qui se comptent ou qui se pèsent.

En un mot, la *mortis causa capio* désigne toute acquisition à cause de mort en vertu d'un acte qui ne confère au gratifié aucun droit contre l'héritier, par conséquent d'un acte sans valeur juridique, mais que l'usage des honnêtes gens fait un devoir d'exécuter (2).

(1) Gaius, 8 ad Ed. prov., D., XXXIX, 6, 31 pr. : Mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris quæ proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem; sed quia proprio nomine hæ species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

(2) On a prétendu que les *mortis causa capiones*, mentionnées dans les lois Furia et Voconia, sont des donations à cause de mort. Ces lois auraient limité la faculté de faire des donations à cause de mort comme elles ont limité la faculté de léguer. Mais, d'après Gaius, le but de la loi Furia fut d'empêcher celui qui avait fait un testament de mourir intestat, ce qui arrivait fréquemment lorsque l'héritier, grevé de legs et de *mortis causa capiones* excessifs, n'avait plus qu'un vain titre et refusait de faire adition. Ce n'est pas la réduction des donations à cause de mort qui empêchera le défunt de mourir intestat, car ces donations ne supposent pas l'existence d'un testa-

IV

ACQUISITION DES LEGS.

La subordination du legs à l'institution d'héritier aurait dû avoir pour conséquence de faire dépendre l'acquisition du legs de l'adition de l'hérédité. Le légataire aurait été à la merci de l'héritier qui, en tardant à se prononcer, augmentait les chances de caducité du legs. Si le légataire était venu à mourir dans l'intervalle ou à subir une *capitis deminutio,* le bénéfice du legs aurait été perdu pour ses héritiers ou pour lui.

Si cette conséquence a jamais été admise par les Romains, elle fut de bonne heure écartée grâce à la distinction du *dies cedens* et du *dies veniens :* l'ouverture du droit au legs (*dies cedit*) fut anticipée et reportée en règle générale au jour du décès, comme cela avait lieu à l'époque où le legs était indépendant de l'adition d'hérédité. L'acquisition du legs (*dies venit*) fut seule retardée jusqu'à l'adition d'hérédité. L'ouverture du droit suffit pour le rendre transmissible aux héritiers du légataire qui furent admis à l'invoquer sous la même condition que leur auteur, c'est-à-dire lorsque l'institué avait fait adition.

Cette distinction du *dies cedens* et du *dies veniens* est trop fine pour avoir été imaginée par les légistes de cette époque. Elle se conçoit plus aisément, si l'on y voit simplement une transaction entre l'usage antique qui considérait le legs comme indépendant du testament et la règle nouvelle qui le subordonna à l'adition d'hérédité.

V

RÉGLEMENTATION DE LA LIBERTÉ DE LÉGUER.

Dans la seconde moitié du sixième siècle, on rencontre plusieurs dispositions destinées à réglementer la liberté de léguer.

ment et ne sont pas à la charge de l'héritier. D'ailleurs, si les donations à cause de mort avaient été, à la fin du sixième siècle, aussi dangereuses qu'on le prétend, si elles avaient été visées par la loi Furia, puis par la loi Voconia, comment la loi Falcidie, qui, en 714, corrigea les imperfections des lois antérieures, ne se serait-elle appliquée qu'aux legs? Il ne saurait y avoir aucun doute à cet égard : un rescrit d'Alexandre Sévère nous apprend que la loi Falcidie n'a été étendue aux donations à cause de mort qu'au commencement du deuxième siècle, par une constitution de Septime Sévère. (C. J., VI, 50, 5.) Il y a là un fait qu'on n'a pas essayé d'expliquer et qui prouve que les *mortis causa capiones,* visées par les lois Furia et Voconia, ne sont pas des donations à cause de mort.

La loi et la jurisprudence ont cherché de diverses manières à assurer à l'héritier au moins une partie des biens du défunt, à augmenter les causes de nullité des legs. D'où vient cette multiplicité de règles dans un espace de temps aussi court? Il y a là une coïncidence qui ne peut être absolument fortuite : elle révèle un changement survenu dans l'état social et dans la législation. Il semble que la liberté de tester était alors de date récente, et qu'on était obligé de suppléer par des règles arbitraires aux usages qui faisaient défaut. A voir, d'un côté, les tâtonnements du législateur à la recherche d'une règle assez efficace pour atteindre le but qu'il se proposait, de l'autre les moyens imaginés par la pratique pour éluder les dispositions établies par la loi, on a lieu de penser qu'il s'agissait de réprimer les abus, suite inévitable de toute liberté nouvellement concédée. Tel fut l'objet de la loi Furia, du second chapitre de la loi Voconia et de la règle Catonienne.

I. *Loi Furia*. — Anciennement l'institution d'un héritier, c'est-à-dire d'un continuateur du culte et de la maison, était un honneur qui paraissait suffisant à celui qui était appelé à l'hérédité. L'héritier était d'ailleurs assuré d'avoir les biens patrimoniaux, sinon la fortune individuelle du *de cujus*. Lorsque, après l'introduction de la liberté de tester, le testateur put disposer de ses biens patrimoniaux au préjudice de son héritier, il arriva plus d'une fois qu'il ne restait à l'héritier rien qu'un vain titre ; l'hérédité tout entière était épuisée par les legs et les affranchissements. Le résultat était facile à prévoir : l'héritier refusait un honneur sans profit ; le défunt mourait intestat. C'est alors qu'on prit des mesures pour que l'héritier eût au moins une portion de l'hérédité. On ne concevait pas un héritier qui n'aurait eu aucune part de l'actif de la succession ; ce n'eût pas été un véritable représentant du *de cujus*. Il en était autrement du *familiæ emptor* dans le testament par mancipation, mais c'était un exécuteur testamentaire, et non un véritable héritier.

Un plébiscite proposé par C. Furius (1) essaya de prévenir la désertion de l'héritier en limitant à mille as la valeur maximum de chaque legs. Le législateur vint prêter son appui à la jurisprudence qui avait voulu assurer au défunt un représentant de son choix en la personne de l'héritier institué.

La nécessité de la loi Furia prouve que la règle qui obligeait à instituer un héritier pour pouvoir faire un legs n'avait pas encore pénétré dans les mœurs. La mancipation du patrimoine, conservée dans le nouveau mode de tester, faisait croire à bien des

(1) Cic., P. Balbo, 8.

citoyens qu'il n'y avait rien de changé à l'antique usage, et qu'on pouvait faire de l'héritier un simple exécuteur testamentaire.

En fixant à une somme aussi modique le maximum de la valeur des legs, le législateur avait prouvé qu'il était peu favorable à ce genre de libéralité. Il fit cependant une exception pour les legs laissés à des cognats jusqu'au sixième degré, et même à un cognat du septième degré, l'enfant d'un petit-cousin. Si un cognat d'un degré plus éloigné se trouve sous la puissance d'un cognat du degré fixé par la loi, il pourra pareillement recevoir un legs supérieur à mille as (1). En consacrant cette exception, on a pensé qu'il y aurait injustice à restreindre les legs faits à de proches parents, et qu'il fallait laisser au testateur la faculté de récompenser des services rendus ou de venir au secours de cognats peu fortunés. C'était à lui de renfermer ses libéralités dans des limites raisonnables pour ne pas s'exposer à mourir intestat.

La loi Furia est une de ces lois prohibitives qui ont pour sanction, non pas la nullité de l'acte fait au mépris de la loi, mais une peine édictée contre le contrevenant (2). Le législateur ne s'était pas cru autorisé à retirer aux citoyens un droit consacré par les Douze Tables : il chercha à atteindre son but indirectement en menaçant d'une peine le légataire qui réclamerait un legs supérieur à mille as. Cette peine était du quadruple, elle donnait lieu à une *manus injectio pura* (3).

II. *Loi Voconia.* — Tandis que la loi Furia limitait à une somme fixe de mille as le maximum de la valeur des legs, la loi Voconia établit une limite variable suivant le nombre des legs. Elle décida qu'un légataire ne pourrait jamais avoir plus que l'héritier, de sorte qu'en supposant un seul héritier et un seul légataire, le légataire pouvait avoir la moitié de la succession. Cette disposition de la loi Voconia est présentée par Gaius comme ayant une portée générale : elle s'applique aux hommes aussi bien qu'aux femmes (4); elle n'a pas le caractère spécial du premier chapitre.

(1) Paul, 71 ad Ed., Vat. fr., 301.

(2) Ulp., § 2 : Minus perfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed pœnam injungit ei qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria. Voy. *supra*, p. 463.

(3) Gaius, IV, 23. On ignore la date précise de la loi Furia. En général, on la place en 571 (Rudorff, I, 55; Lange, I, 223, 562). Bethmann-Hollweg, I, 162, et Kuntze, II, 188, la croient bien antérieure à la loi Voconia (cf. Huschke, Z. f. R. G., 1866, V, 178; Ihering, IV, 112) et la font remonter au milieu du cinquième siècle. Les analogies qu'elle présente avec la loi Cincia de l'an 550 nous feraient incliner vers la première opinion.

(4) Accarias, I, 890, 1050, soutient que les femmes ne peuvent rien recevoir à

Ce n'est pas à dire qu'on n'ait eu la pensée d'atténuer la rigueur du premier chapitre à l'égard des femmes; il est même très probable que ce fut la raison principale qui détermina Voconius à ajouter un chapitre à son projet de loi. Si, comme Gaius le donne à entendre, il s'est proposé de remédier aux inconvénients de la loi Furia, il se serait fait une singulière illusion : rien ne nous autorise à le supposer aussi imprévoyant. Sous l'empire de la loi Furia, le testateur pouvait épuiser son patrimoine sans violer la loi : si, par exemple, il avait une fortune de dix mille as, et qu'il fît dix legs de mille as, il ne restait rien à l'héritier. Avec la loi Voconia, on pouvait réduire l'héritier à une part insignifiante : si, par exemple, le testateur, ayant une fortune de 100, fait 99 legs de 1, l'héritier n'aura presque rien.

Le second chapitre de la loi Voconia, comme le premier, ne s'appliquait qu'aux citoyens inscrits au cens pour une fortune de cent mille as (1). Aussi la loi Furia conserva-t-elle son application pour les legs figurant dans les testaments des citoyens non inscrits au cens et dont la fortune était inférieure à ce chiffre (2).

Plus clémente que la loi Furia, la loi Voconia n'édicte aucune peine contre le légataire en cas de contravention; elle ne frappe pas non plus ce legs de nullité : elle interdit simplement au légataire de recueillir ce qui dépasse la proportion établie par la loi (3). Par suite, le légataire se verra refuser toute action en justice pour cet excédent, et s'il s'est mis en possession, la revendication pourra être utilement exercée contre lui.

La disposition de la loi Voconia, qui permet de donner au

titre de legs d'un citoyen inscrit au cens, parce qu'elles n'ont pas la *factio testamenti*. Mais la théorie de la *testamenti factio* a été imaginée après coup par les jurisconsultes classiques, et présente le résumé des règles générales requises pour figurer dans un testament : on ne peut invoquer cette théorie pour contester les exceptions consacrées par les lois anciennes. Accarias, I, 891, reconnaît d'ailleurs l'existence d'une exception au principe de la *testamenti factio* au profit de la fille du testateur. L'opinion générale admet la pleine capacité des femmes de recevoir à titre de legs. Bachofen, 39; Vangerow, 29; Lyon-Caen, *Revue critique de législation*, 1874, p. 396.

(1) Cic., In Verr., II, 1, 41 : Quid si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei qui census non sit licet? cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves?... Facile apparet pretio te esse commotum.

(2) Cf. Bachofen, 46.

(3) C'est une *lex imperfecta*. En sens contraire, Bachofen, 120. Mais la loi Voconia ne dit pas que le legs sera « inutile » comme dans les cas cités par Gaius (II, 229, 234) : c'est le *jus capiendi* qui est dénié au légataire : *Ne cui... capere liceat*. Même à une époque ultérieure, la loi Falcidie ne prononce pas la nullité des legs qui dépassent les trois quarts de la succession, elle diminue seulement le montant des legs (Gaius, 18 ad Ed. prov., D., XXXV, 2, 73, 5) : Pro rata portione per legem ipso jure *minuuntur*. C'est, comme l'a fait remarquer Ihering, IV, 69, un droit de décompte; les textes disent *deducere, detrahere*. Ulp., XXV, 14.

légataire la moitié de l'hérédité, est, selon toute vraisemblance, l'une des causes qui ont fait introduire l'usage du legs partiaire (1). Ce legs peut avoir pour objet une quote-part quelconque de l'hérédité : mais, régulièrement, d'après sa dénomination, il suppose un partage de l'hérédité en deux fractions égales, l'une pour le légataire, l'autre pour l'héritier (2). L'effet de ce legs est de placer le légataire dans une situation analogue à celle de l'héritier (3). Pourquoi donc ne pas conférer à la personne gratifiée le titre d'héritier conjointement avec l'institué? Sans doute à cause de la loi Voconia, qui défendait d'instituer une femme. Il est à remarquer que, dans la plupart des textes où il est question de legs partiaire, le bénéficiaire du legs est une femme (4).

III. *Règle Catonienne.* — Comme la loi Furia et la loi Voconia, la règle Catonienne est conçue dans un esprit défavorable aux dispositions de dernière volonté faites sous forme de legs. Elle décide qu'un legs, qui serait inutile si le testateur venait à mourir aussitôt après la confection du testament, demeurera inutile même si l'obstacle qui s'opposait à son exécution disparaît dans la suite (5). Si, par exemple, je lègue à une personne une chose qui lui appartient déjà, le legs restera nul, même si le légataire cesse d'être propriétaire de la chose avant la mort du testateur (6).

(1) Le *legatum partitionis* était usité antérieurement à l'époque où Scævola fut grand pontife : Cic., De leg., II, 20, dit que Scævola soumit le légataire partiaire à la charge du culte. On ne peut donc avec Accarias, I, 1069, rattacher l'origine du legs partiaire aux très anciennes règles qui gouvernaient la transmission du culte. C'est au contraire parce que le légataire partiaire échappait à la charge du culte que Scævola fit le règlement rapporté par Cicéron.

(2) Ulp., XXIV, 25, a conservé la formule de ce legs : « Heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito. »

(3) Le légataire partiaire n'a pas un droit direct sur les biens héréditaires; il ne peut exercer ni l'action en partage, ni la pétition d'hérédité; il ne peut ni agir contre les débiteurs de la succession, ni être poursuivi par les créanciers; il est simplement créancier de l'héritier. (Voy. cep. Pomp., 5 ad Sab., D., XXX, 26, 2.) Mais il peut se faire tenir compte de sa quote-part des créances, de même qu'il devra supporter sa quote-part des dettes. A cet effet, il intervenait entre l'héritier et le légataire partiaire des stipulations *partis* et *pro parte* par lesquelles ils se promettaient respectivement de se tenir compte, l'un de ce qu'il toucherait des débiteurs de la succession, l'autre de ce qui serait payé aux créanciers. Gaius, II, 254.

(4) Cic., De fin., II, 17; P. Cluent., 21; P. Cæc., 12; *Laudatio Murdiæ, C. I. L.*, VI, 10230 (Bruns, 305; Girard, 703); Ulp., 15 ad Sab., D., L, 16, 164, 1. On trouve aussi quelques exemples de legs partiaires faits à des hommes; Javol, 1 ex post. Lab., D., XXVIII, 6, 39 pr.; Jul., 1 ad Urs. fer., D., XXX, 104, 7. Cette généralisation du legs partiaire dut se produire lorsque la loi Voconia tomba en désuétude.

(5) Cels., 35 Dig., D., XXXIV, 7, 1 pr. : Catoniana regula sic definit : quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere.

(6) Inst., II, 20, 10. Les textes signalent quelques autres applications de la règle Catonienne : legs fait à l'esclave de l'institué (Inst., II, 20, 32); legs de matériaux

La règle, posée par Caton et acceptée par la jurisprudence, tranche une question délicate : celle de savoir à quel moment il faut se placer pour apprécier la validité d'un legs au point de vue spécial de son exécution. Est-ce au jour de la confection du testament, ou au jour du décès? Il semble qu'on devrait se placer à cette dernière époque, puisqu'il s'agit d'une disposition qui ne doit produire son effet que dans l'avenir. Pourtant, c'est la solution contraire que Caton a fait prévaloir. Peut-elle se justifier?

Pour ceux qui admettent que la liberté de tester a existé à Rome au moins depuis les Douze Tables, il est difficile d'en donner une raison bien plausible. Pourquoi aurait-on attendu jusqu'à la fin du sixième siècle pour résoudre une question aussi pratique? La règle s'explique aisément dans notre manière de voir : elle prévoit une difficulté motivée par le changement qui s'était introduit dans la manière de faire un legs (1). La pensée de Caton a été celle-ci : bien que le legs soit désormais subordonné au testament et à l'adition de l'hérédité, il ne doit pas être apprécié, quant à son exécution, en se plaçant au jour du décès ou de l'adition. Tout doit se passer comme s'il n'y avait rien de changé au droit ancien, alors que le legs était valable par lui-même indépendamment de l'institution d'héritier. La validité du legs doit s'apprécier au moment où il a été fait ; on ne peut pas considérer comme sérieux un acte qui ne pourrait avoir d'effet si le testateur mourait sur-le-champ. Qu'on n'objecte pas qu'il dispose pour l'avenir : il dispose en vue d'un événement qui peut se produire immédiatement. S'il veut se rendre maître de l'avenir, qu'il subordonne l'effet du legs à une condition.

Si la règle Catonienne a été favorablement accueillie par les juristes contemporains, c'est qu'elle consacrait un ancien usage ; elle se rattachait à la tradition. Plus tard, lorsqu'on fut habitué à voir dans le legs une dépendance du testament, on goûta moins la règle proposée par Caton. Elle parut à tous sujette à la critique ; quelques-uns allèrent jusqu'à dire qu'elle était fausse en certains cas. Au lieu d'y voir un principe fondamental, on s'accorda à en circonscrire l'application (2).

incorporés à une construction (Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 41, 1 et 2) ; legs fait à l'esclave du testateur, lorsque cet esclave est héritier nécessaire ou qu'il est affranchi sous une condition qui ne peut s'accomplir qu'après l'adition de l'hérédité. Jul., 36 Dig., D., XXX, 91, 1 ; Mæc., 3 fideic., D., XXXV, 1, 86. Cf. Paul, 8 ad Plaut., D., XXXIII, 5, 13 pr.

(1) Cette difficulté n'existait pas pour l'institution d'héritier : voilà pourquoi la règle Catonienne n'y est pas applicable. Pap., 15 Quæst., D., XXXIV, 7, 3. Cf. Machelard, *Étude sur la règle Catonienne*, 1862, dans *Dissertations de droit romain et de droit français*, 1882, p. 484.

(2) Les anciens commentateurs ont donné à cette règle une importance qu'elle n'a

CHAPITRE VIII

Les donations.

I. — Sous cette dénomination générale nous comprenons deux sortes de libéralités que distinguent les Romains : les donations proprement dites (*dona*) et les présents (*munera*).

La donation consiste à livrer ou à promettre une chose à une personne qui ne fournit ou ne promet rien en échange de ce qu'elle reçoit. Elle peut également consister à libérer un débiteur. Ce qui caractérise la donation, c'est qu'elle détermine un enrichissement du donataire en même temps qu'un appauvrissement du donateur.

Le présent est un simple cadeau que l'on fait à un parent, à un ami, à l'occasion d'une fête ; à une personne qui nous a obligé, pour la remercier d'un service rendu. Ordinairement le présent n'a pas une valeur assez grande pour entraîner un enrichissement appréciable de celui qui le reçoit (1).

Les auteurs anciens affirment que les donations n'étaient guère dans les habitudes des Romains (2). Dans les exemples qui nous sont rapportés, la donation procède bien moins d'un sentiment de libéralité, du désir de faire le bien pour le bien, que de la pensée d'un devoir à remplir. C'est un client qui vient en aide à son patron, un parent ou un ami qui fait un sacrifice en faveur d'une personne dans le besoin : tantôt il s'agit du rachat d'un captif, de la rançon exigée par des brigands ; tantôt d'aider un insolvable à payer ses dettes ou à doter sa fille (3). Parfois aussi la donation avait un caractère rémunératoire : elle servait à récompenser une personne d'un service rendu, par exemple l'avocat qui avait soutenu en justice les intérêts d'un plaideur.

jamais eue ; ils l'ont confondue avec une maxime rapportée par Paul (8 ad Sab., D., L, 17, 29) : Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. (Voy. Machelard, 469.) En réalité, notre règle a une sphère d'application très restreinte : elle suppose, non pas un obstacle absolu à l'existence du legs, tenant à la capacité du légataire au jour de la confection du testament, ou à la nature de l'objet légué s'il est hors du commerce, mais un obstacle temporaire susceptible de disparaître entre l'époque de la confection du testament et celle du décès. La règle Catonienne est également étrangère aux legs conditionnels et à ceux qui prennent naissance après l'adition de l'hérédité. Machelard, op. cit., 494.

(1) Pétrone, Satyr., 30 : Vestimenta mea cubitoria... quæ mihi natali meo cliens quidam donaverat.

(2) Polybe, XXXII, 12.

(3) Cic., De off., II, 15, 18; Denys, II, 10; Liv., V, 32; XXXVIII, 60.

Dans tous les cas, c'était un acte qui, par lui-même, était sans valeur juridique ; il était impuissant à faire acquérir au donataire la propriété de l'objet donné ou à le rendre créancier de la chose promise. Il devait, pour être efficace, être réalisé, suivant les circonstances, par une mancipation, confirmé par une stipulation ou par une acceptilation. En fait, on se contentait d'une simple tradition, ou l'on s'en rapportait à la loyauté du donateur, parce que la donation avait lieu entre personnes unies par des liens tels qu'on ne jugeait pas nécessaire d'en placer l'exécution sous la garantie de l'État, ou bien même parce que entre le donateur et le donataire aucun rapport de droit ne pouvait se former.

II. — Pendant longtemps les donations ne furent soumises à aucune restriction. Mais au sixième siècle, l'avarice de certains patrons, qui, à l'occasion des Saturnales, exigeaient de leurs clients, à titre de cadeaux, de véritables donations, détermina le législateur à intervenir. Une loi Publicia (1), rendue sur la proposition du tribun de la plèbe Publicius, défendit d'envoyer aux riches autre chose que des flambeaux de cire (2). On ignore quelle fut la sanction de cette loi; peut-être consistait-elle dans la promesse faite par les tribuns de la plèbe de venir au secours des clients qui auraient à se plaindre des exigences de leurs patrons.

La loi Publicia ne tarda pas à devenir insuffisante. L'aristocratie romaine avait bien d'autres occasions que les Saturnales pour extorquer des donations; le moindre service qu'un patricien rendait à un plébéien lui servait de prétexte : la plèbe, dit Tite-Live, était devenue tributaire du patriciat (3). Une nouvelle loi fut votée en 550 sur la proposition du tribun de la plèbe M. Cincius Alimentus; elle renfermait dans des limites assez étroites la faculté de recevoir des donations ou même des présents. Voici les principales dispositions de cette loi, que nous ne connaissons pas d'ailleurs dans tous ses détails.

1° Elle défendit aux avocats de recevoir de l'argent ou une valeur quelconque pour prix de leurs plaidoiries (4) ou à titre de donation. Cette disposition était particulièrement utile pour certains

(1) On ignore la date de cette loi. Elle paraît antérieure à la loi Cincia; peut-être est-elle du préteur de l'an 519, M. Publicius Malleolus. Cf. Voigt, *Ueber die Clientel und Libertinität,* 175.

(2) Macrob., Sat., I, 7, 33 : Cum multi occasione Saturnaliorum per avaritiam a clientibus ambitiose munera exigerent idque onus tenuiores gravaret, Publicius tribunus plebi tulit, non nisi cerei ditioribus missitarentur. Cf. Plut., Rom., 13. P. Diac. : *Cereos* Saturnalibus muneri dabant humiliores potentioribus, quia candelis pauperes, locupletes cereis utebantur.

(3) Liv., XXXIV, 4.

(4) Tac., Ann., XI, 5 : *Mercedibus concionari.*

plaideurs incapables d'ester en justice autrement que par l'intermédiaire d'un tiers : les clients ne pouvaient se passer du ministère de leurs patrons pour défendre leurs intérêts ; ils étaient par suite forcés de subir leurs conditions (1).

2° A côté de cette disposition, la loi Cincia en contenait une autre plus générale qui défendait à toute personne de recevoir à titre de donation ou de présent une valeur supérieure à un taux déterminé (*modus legitimus*). Ce taux est inconnu. Ces deux dispositions procédaient de la même pensée : dans un but politique facile à comprendre, le législateur avait voulu protéger les petites gens, clients, affranchis, plébéiens, qui étaient souvent dans la nécessité de demander des services à autrui.

3° La règle posée par la loi Cincia comportait un certain nombre d'exceptions. Dans les cas où la donation pouvait s'expliquer autrement que par un abus d'influence, notamment lorsqu'elle avait lieu entre proches parents, elle était permise, quelle qu'en fût l'importance.

Les diverses classes de donataires qui ne pouvaient invoquer la loi Cincia sont : 1° les cognats jusqu'au cinquième degré, et de plus au sixième, les petits-cousins et petites-cousines ; 2° les personnes faisant partie de la maison de ces cognats, ainsi que les chefs de la maison à laquelle ils appartiennent ; 3° les cognats, quel que soit leur degré, lorsqu'il s'agit d'une donation faite à titre de dot ; 4° certains alliés, les conjoints, les fiancés ; 5° le pupille vis-à-vis de son tuteur ; 6° enfin, le maître par rapport à ses esclaves ou aux hommes libres qu'il a de bonne foi possédés comme esclaves (2).

L'exception concernant les esclaves n'est-elle pas inutile ? Qui donc aurait pu critiquer cette donation ? Personne, assurément, si l'on se place sur le terrain du droit. Mais comme nous sommes ici en dehors du droit, et que la loi avait entendu protéger les gens de condition infime, on a jugé utile de dire que les esclaves ne seraient pas admis à s'en prévaloir (3). En droit, il

(1) Cic., In Q. Cæcil., 20 : Clarissimi viri nostræ civitatis, temporibus optimis, hoc sibi amplissimum pulcherrimumque ducebant a... clientibus suis... injurias propulsare, eorumque fortunas defendere.

(2) Vat. Fr., 298-309.

(3) On a proposé une autre interprétation (voy. *supra*, p. 170, n. 2) : le mot *servus* désignerait ici un affranchi, et non un esclave. Ce sont les donations faites par les affranchis à leurs patrons qui sont exceptées de la prohibition de la loi Cincia. Mais cette conclusion est contraire à la fois au but que se proposait le législateur et au témoignage de Paul. La loi Cincia, Tite-Live le déclare, eut pour objet de mettre un terme aux abus de pouvoir des patriciens sur les plébéiens, à plus forte raison des patrons sur leurs affranchis ; on voulut les empêcher de profiter de leur situation pour extorquer des donations. Pourquoi aurait-on refusé aux affranchis la protection

est vrai, l'esclave n'a rien en propre ; tout ce qu'il possède est à son maître. Mais, en fait, de très bonne heure on considérait comme appartenant à l'esclave les économies qu'il avait pu réaliser, ainsi que le pécule qu'il avait reçu de son maître ; aussi trouve-t-on dans les textes des exemples de cadeaux faits par un esclave à son maître (1). On ne pouvait songer à étendre aux esclaves la protection de la loi ; la mesure eût été illusoire, le donataire ayant ici le droit strict de disposer à son gré, à titre de maître, de l'esclave et de son pécule.

Les affranchis ne figuraient pas, dans le principe, parmi les personnes exceptées. Comment la jurisprudence leur a-t-elle retiré la protection que la loi leur avait implicitement accordée ? C'est que, vis-à-vis des patrons, la loi avait été impuissante. Ils avaient imaginé un moyen d'obtenir quand même des donations de leurs affranchis : l'usage s'introduisit de subordonner l'affranchissement à la promesse de certaines prestations. En exigeant des donations ou des services de son affranchi, le patron réclamait l'exécution d'un engagement contracté envers lui : la loi était tournée. La jurisprudence préféra tolérer ce qu'on ne pouvait empêcher.

D'ailleurs, la situation des affranchis vis-à-vis de leur patron avait été modifiée au cours du septième siècle. Anciennement, alors que ces rapports étaient héréditaires et que de père en fils les affranchis étaient sous la dépendance de leurs patrons ou de ses descendants, il était utile de prendre des mesures pour les protéger. Ces mesures n'eurent pas le même caractère de nécessité lorsque la dépendance fut limitée aux fils de l'affranchi. Si le père était traité rigoureusement, il savait que son petit-fils ne serait pas soumis au même joug. La clientèle, au contraire, étant héréditaire, les générations successives d'une même famille seraient restées dans une condition misérable sans le secours de la loi (2).

4° Quelle était la sanction de la prohibition établie par la loi ? On s'accorde à reconnaître que la loi Cincia est une de ces lois qui n'ont pour sanction ni la nullité de l'acte fait en contravention,

qu'on accordait aux clients, aux plébéiens ? Nous avons, du reste, la preuve que telle ne fut pas la pensée du tribun Cincius : Paul nous fait connaître les tâtonnements de la jurisprudence pour étendre aux affranchis, postérieurement à la loi Cincia, l'exception admise au profit des esclaves. (71 ad Ed., Vat. Fr., 307.)

(1) Térence, Phormio, I, 1, 6.

(2) Plaute, qui écrivait ses comédies au temps où fut rendue la loi Cincia, explique pourquoi les gens riches tenaient à augmenter le nombre de leurs clients. « Qu'ils soient honnêtes ou pervers, dit-il, on ne s'en informe pas : c'est des biens du client qu'on s'inquiète, et non de sa probité et de sa réputation. Est-ce un honnête homme, mais pauvre, il ne vaut rien ; un fripon, s'il a de l'argent, est le client qu'on estime. » Men., IV, 2, 2.

ni même une peine pécuniaire (1). Si donc la donation a été réalisée, le donateur n'est pas admis à demander la restitution de ce qu'il a livré. La loi ne protège que le donataire qui n'a pas exécuté sa promesse : il ne pourra être contraint judiciairement à réaliser la donation (2); il ne pourra, non plus, si c'est un client, y être contraint par l'autorité du patron. Le client puisait dans la loi le droit d'invoquer le secours (*auxilium*) d'un tribun de la plèbe (3). C'était une restriction légale au pouvoir du patron considéré comme magistrat domestique.

En somme, la loi estime que celui qui a été en mesure d'exécuter la donation ne mérite pas sa protection. Elle a entendu venir au secours des citoyens pauvres, et non de ceux à qui leur fortune permet de faire des largesses.

C'est dans un tout autre esprit que la coutume a prohibé les donations entre époux : ici c'est plutôt le conjoint riche qu'on avait à protéger contre la cupidité d'un conjoint pauvre. Aussi ne fait-on plus de distinction suivant que la donation est ou non réalisée. Dans tous les cas, la nullité est absolue, et le conjoint donateur peut répéter ce qu'il a donné.

La disposition de la loi Cincia relative aux avocats était-elle également dépourvue de sanction? Tacite nous parle d'une peine établie par cette loi contre ceux qui plaidaient à prix d'argent. Mais ailleurs, il considère le fait comme peu honorable (*contumelia*), et il ajoute que le Sénat était d'avis de leur appliquer la loi sur les concussionnaires (4).

Il est donc vraisemblable que la loi Cincia empêchait simplement les avocats de réclamer en justice l'exécution des promesses qu'ils avaient exigées pour leurs peines et soins. Mais s'ils avaient reçu de l'argent, on ne pouvait le leur faire rendre; ils n'étaient justiciables que de l'opinion publique.

(1) *Lex imperfecta*. Voy. *supra*, p. 463.

(2) D'après Paul (23 ad Ed., Vat. Fr., 311) et Dioclétien (eod., 293, 313), il y aurait un cas où le donateur pourrait attaquer la donation après qu'elle a été exécutée : si elle a pour objet une chose mobilière, le donateur pourra la réclamer par l'interdit *utrubi*, tant qu'il pourra démontrer qu'il l'a possédée plus longtemps que le donataire pendant l'année qui précède la demande. Il y a là très vraisemblablement une innovation introduite par la jurisprudence à une époque où la loi Cincia fut appliquée à des rapports tout différents de ceux qui étaient entrés dans les prévisions du législateur : on chercha alors à donner à la loi, autant que possible, la sanction qui lui faisait défaut. C'est ainsi qu'Ulpien (1 ad Ed., Vat. Fr., 266) accorde au donateur, qui a payé par erreur (?) ce qu'il avait promis, la faculté de le répéter. Ce qui prouve au surplus que nous sommes ici en dehors de l'application régulière des principes, c'est que pour permettre au donateur de triompher dans l'interdit *utrubi*, il faut refuser au donataire le bénéfice de l'accession des possessions.

(3) Plus tard, le donateur obtint du préteur l'exception de la loi Cincia. Il en fut de même dans le cas où il avait livré, sans mancipation, une *res mancipi*.

(4) Tac., Ann., XIII, 42; XI, 6.

CHAPITRE IX

Tutelle et curatelle.

I

TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

L'une des raisons qui justifiaient la tutelle perdit de sa valeur le jour où il n'a plus été nécessaire de recourir à la force pour défendre la propriété. Aussi les textes ne parlent-ils que de la seconde : la volonté du pupille ou de la femme a besoin d'être fortifiée et dirigée.

Lorsque les changements survenus dans l'état social commencèrent à donner aux femmes ingénues une situation plus indépendante, la nécessité d'obtenir le concours d'un tuteur leur parut insupportable. On tourna la règle qu'on ne pouvait abroger, en donnant à la femme, dans certains cas, le droit de choisir elle-même son tuteur. Cette faveur paraît avoir été réservée tout d'abord à la femme du chef de famille ; son mari pouvait lui léguer la faculté de choisir son tuteur et d'en changer aussi souvent qu'il lui plairait, ou seulement une ou plusieurs fois (1). C'est alors qu'on vit apparaître ces tuteurs complaisants qui, au lieu de remplir auprès de la femme leur rôle de conseil, se prêtaient à tous ses caprices. Comment auraient-ils pris au sérieux leurs fonctions? S'ils refusaient leur autorisation, le préteur intervenait pour les y contraindre.

En même temps le droit devenait plus humain : le préteur promettait de venir au secours de ceux qui seraient victimes d'une erreur, d'un dol ou d'une violence. La femme trouvait, en cas de besoin, dans les dispositions de l'Édit ou dans les règles introduites par la jurisprudence, une protection suffisante. L'intervention du tuteur devint, dans certains cas, une simple formalité (2); mais ceci nous reporte déjà à la période suivante. A l'époque où nous sommes, la tutelle avait encore conservé une grande partie de son intérêt, puisque le législateur prit des mesures pour procurer un tuteur aux femmes qui n'avaient ni tuteur testamentaire ni tuteur légitime.

(1) *Tutoris optio plena, angusta,* Gaius, I, 151, 153. Le tuteur portait ici le nom de tuteur optif. Gaius, I, 154.
(2) Gaius, I, 190.

I. — La loi Atilia conféra le pouvoir de le nommer au préteur urbain, de concert avec la majorité des tribuns de la plèbe (1). Le tuteur ainsi désigné porte le nom de tuteur Atilien ou tuteur datif.

La date de cette loi n'est pas connue; mais un passage de Tite-Live prouve qu'elle existait déjà en 568 (2). D'autre part, le but qu'on se proposa d'atteindre par cette loi donne lieu de penser qu'elle fut rendue à la fin du cinquième siècle ou dans la première moitié du sixième siècle. Pour qui sait combien les Romains avaient à cœur de ne pas mourir intestat, pour qui se rappelle combien les liens d'agnation et de gentilité étaient étroits dans l'ancienne Rome, il n'est pas douteux que le défaut de tuteur testamentaire ou légitime devait être bien rare aux premiers siècles. Mais lorsque les conditions de la vie eurent changé, lorsque les guerres, le commerce avec les pays étrangers eurent dispersé nombre de citoyens dans des régions souvent fort éloignées de Rome, il arriva souvent qu'on ne savait où trouver les agnats ou les gentils, lorsque le chef de famille n'avait pas laissé de testament ou que son testament n'était pas produit. C'est dans ces circonstances que la loi Atilia devint nécessaire.

Nous savons peu de chose sur la tutelle dative des ingénues. D'après Gaius, au temps des actions de la loi, lorsque la femme et son tuteur avaient des intérêts opposés dans un procès, le préteur urbain nommait un tuteur *ad hoc* (3). Il semble que ce n'était pas en vertu de la loi Atilia, car ce tuteur ne porte pas le nom de tuteur Atilien, mais de tuteur prétorien.

La loi Atilia s'appliquait également aux femmes affranchies. On leur nommait un tuteur toutes les fois que leur patron se trouvait empêché ou ne pouvait exercer la tutelle en raison de son sexe (4), ou bien lorsqu'il était mort sans laisser d'enfant du sexe masculin, ou qu'il s'était donné en adrogation. Dans ce dernier cas, l'adrogeant ne succédait pas aux droits de l'adrogé sur ses affranchis : ces droits s'éteignaient par la *capitis deminutio* subie par l'adrogé (5).

II. — A côté des trois classes de tuteurs déjà indiquées, il en est une quatrième qui doit son origine à la jurisprudence : ce sont les tuteurs fiduciaires.

Si un tuteur testamentaire, légitime ou atilien, se croit tenu

(1) Gaius, I, 185.
(2) Liv., XXXIX, 9. On connaît deux consuls plébéiens du nom d'Atilius : A. Atilius Caiatinus, consul en 497, et C. Atilius Bulbus, consul en 510.
(3) Gaius, I, 184.
(4) Gaius, I, 195.
(5) Gaius, III, 51.

en conscience de refuser son autorisation à un acte que la femme a projeté et que cependant il ne veuille pas la mettre par son refus dans l'impossibilité de l'accomplir, voici comment il pourra dégager sa responsabilité : il autorisera la femme à se manciper (comme cela a lieu à la suite d'un mariage) à une personne qui se charge de la remanciper à un tiers. Ce tiers est un homme de confiance que la femme choisit elle-même ; il s'engage, par une clause de fiducie, à affranchir aussitôt la femme sur laquelle il acquiert seulement, par le fait de l'affranchissement, les droits d'un patron. Ce tiers, qui puise son droit de patronat non pas dans un droit de propriété qu'il aurait eu antérieurement sur la femme, mais dans la clause de fiducie, ne sera pas le tuteur légitime de la femme : ce sera son tuteur fiduciaire.

Grâce à cet expédient, la tutelle change de nature : au lieu d'une tutelle sur une femme ingénue, on n'a plus qu'une tutelle d'affranchie. La conséquence de cette transformation est de donner à la femme un tuteur exempt des scrupules qui pourraient arrêter tout autre tuteur. Le tuteur fiduciaire assimilé à un patron n'aura pas à tenir compte de considérations étrangères à son intérêt personnel. Or, comme il n'a pas d'intérêts à sauvegarder et qu'il est intervenu pour rendre service, il sera tout naturellement disposé à approuver tous les actes de la femme.

Voilà comment une institution excellente en soi a été altérée et dénaturée par la subtilité des légistes. « Nos ancêtres, dit Cicéron, ont voulu que toutes les femmes fussent, à cause de la faiblesse de leur jugement, sous la puissance d'un tuteur : les légistes ont inventé des espèces de tuteurs qui sont sous la puissance des femmes (1). »

Certes il eût été plus simple de déclarer que la tutelle des femmes n'était qu'un vain mot ; mais les légistes n'avaient pas le pouvoir de supprimer une institution consacrée par la coutume. Ils durent se borner à imaginer un moyen de concilier les exigences d'une législation surannée avec les idées nouvelles qui s'étaient fait jour. Ce qui prouve qu'ils avaient un sentiment très juste des besoins de leur temps, c'est que le préteur les suivit dans la voie qu'ils avaient tracée et qu'il prit sur lui de forcer la main aux tuteurs lorsqu'ils ne voulaient pas donner leur autorisation.

Gaius signale deux applications de ce procédé : l'un qui permet à la femme de changer de tuteur, l'autre qui lui confère la liberté de tester (2). Ce dernier cas est particulièrement significatif : en principe la femme ne peut tester sans l'autorisation de

(1) Cic., P. Mur., 12.
(2) Gaius, I, 114, 115.

son tuteur (1); elle n'est donc pas libre de disposer de ses biens comme elle l'entend. Certes le tuteur ne doit pas exercer arbitrairement son pouvoir de contrôle; il a le devoir de veiller à ce que les biens patrimoniaux ne sortent pas de la famille sans un motif grave; et il remplira d'autant mieux ce devoir lorsqu'il y trouvera son intérêt, ce qui arrivera pour un tuteur de la classe des agnats et du degré le plus proche. La mancipation fiduciaire de la femme enlevait à ses *res mancipi* le caractère de biens patrimoniaux pour en faire des biens d'affranchie; dès lors le tuteur fiduciaire n'avait pas plus à s'en préoccuper que des autres biens de la femme. Comme il n'avait d'autre part aucun droit à sa succession, il lui laissait toute latitude pour en disposer à sa guise (2).

L'expédient imaginé par les légistes supposait le consentement du tuteur à la mancipation fiduciaire. Ce consentement pouvait être obtenu plus ou moins facilement d'un tuteur testamentaire ou atilien; avec le tuteur agnatique on courait le risque d'un refus lorsqu'il était en ordre utile pour succéder *ab* intestat. C'est surtout à son égard que le préteur devait user de contrainte, lors du moins qu'il estimait que la femme méritait d'obtenir la liberté de tester. Il en fut ainsi jusqu'à ce que la loi Claudia eût aboli la tutelle des agnats. A l'égard des autres tuteurs, un sénatus-consulte rendu sous Hadrien supprima la nécessité de la mancipation fiduciaire.

La tutelle fiduciaire avait été imaginée pour les femmes ingénues; on ne pouvait songer à enlever à un patron contre son gré son droit sur ses affranchies. Aussi la tutelle fiduciaire n'était-elle possible que si le patron autorisait de lui-même son affranchie à se manciper fiduciairement (3). Cette autorisation était de la part du patron une renonciation à la tutelle.

Le père, qui émancipait sa fille impubère en se réservant le soin de l'affranchir, était traité comme le patron, mais ses fils, qui n'avaient pas vocation à la succession *ab* intestat et par conséquent n'avaient pas d'intérêt personnel à sauvegarder, étaient assimilés à des tuteurs fiduciaires (4).

III. — La cession de la tutelle était motivée par une cause bien différente de celle qui donnait lieu à la nomination d'un tuteur fiduciaire. Le tuteur n'entend pas ici renoncer à son droit pour être agréable à la femme : il se borne à céder à un tiers de son choix l'exercice de la tutelle, parce qu'il trouve trop lourde

(1) Gaius, II, 118.
(2) Ihering, IV, 276; Kuntze, I, 556; Karlowa, *Röm. Ehe.*, 102.
(3) Gaius, I, 195[a].
(4) Gaius, I, 195, 175.

pour lui une charge qui lui incombera tant que la femme vivra.

Cette faculté appartient exclusivement aux tuteurs légitimes, c'est-à-dire aux agnats, au patron, au père émancipateur (1). Celui qui en fait usage n'en continue pas moins à rester tuteur ; s'il meurt, le cessionnaire perd aussitôt l'exercice de la tutelle ; si le cessionnaire meurt ou subit une *capitis deminutio,* le cédant reprend l'exercice de la tutelle.

La faculté de céder la tutelle est réservée à ceux qui sont de plein droit appelés à cette charge. Elle n'est accordée ni au tuteur testamentaire, ni au tuteur atilien, qui ont accepté la fonction qui leur a été offerte. Ils sont investis d'une mission de confiance qu'on leur a donnée en considération de leurs qualités personnelles : il ne peut pas dépendre d'eux de substituer leur choix à celui du testateur ou du magistrat. D'ailleurs, si le tuteur testamentaire ne peut pas céder l'exercice de la tutelle, il a la faculté de se démettre de ses fonctions (*abdicare*) (2).

II

TUTELLE DES IMPUBÈRES.

La tutelle des impubères n'a pas subi le contre-coup des causes qui ont enlevé à la tutelle des femmes une partie de son importance. Bien qu'elle ait encore, à l'époque que nous étudions, une physionomie particulière au droit romain, c'est une institution qu'on retrouve dans tous les temps et chez tous les peuples. Examinons les changements introduits dans son organisation.

Si l'impubère n'a ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, le préteur lui nommera un tuteur, d'accord avec la majorité des tribuns de la plèbe. La loi Atilia s'applique à la tutelle des impubères aussi bien qu'à celle des femmes pubères. Mais nous ne trouvons pas ici d'autre tutelle fiduciaire que celle qui résulte de l'émancipation, soit au profit du tiers qui a affranchi l'enfant, soit le plus ordinairement au profit de son père. Quelle qu'en soit l'espèce, la tutelle des impubères a toujours été prise au sérieux et n'a pas dégénéré en une simple formalité.

(1) Gaius, I, 168.
(2) Ulp., XI, 17. D'après Accarias, I, 332, l'*abdicatio,* comme la répudiation d'un legs, ne peut avoir lieu après que le tuteur est entré en fonction. Cependant Ulpien dit que le tuteur cesse de l'être (*desinit*), et ce qui paraît significatif, c'est qu'Ulpien rapproche l'*abdicatio* de l'*in jure cessio* pour dire que l'une appartient au tuteur testamentaire, l'autre au tuteur légitime. Ce rapprochement ne se comprendrait pas si dans les deux cas la renonciation n'avait lieu dans le cours de la gestion.

Les agnats, pas plus que le patron ou le père émancipateur, n'ont le droit de céder à un tiers l'exercice de la tutelle (1). On ne pouvait considérer comme trop lourde une charge qui prenait fin à l'époque où l'enfant atteignait l'âge de la puberté.

Le devoir imposé au tuteur d'administrer les biens du pupille paraît avoir reçu dans cette période une énergie particulière, grâce à l'usage de l'*arbitrium tutelæ* : on le trouve mentionné pour la première fois par Q. Mucius (2). Il n'est pas douteux qu'il n'existât bien avant lui : il le cite dans son énumération avant l'*arbitrium* usité pour la vente et admis au milieu du sixième siècle. L'*arbitrium tutelæ* avait pour objet, non pas d'obtenir du tuteur la restitution de biens appartenant au pupille et injustement retenus, mais de régler l'ensemble de ses rapports avec le pupille. L'arbitre fixait les devoirs réciproques du tuteur et du pupille en tenant compte des déboursés faits par le tuteur et des sommes qu'il avait touchées pour le compte du pupille. Voilà pourquoi l'arbitrage ne pouvait avoir lieu qu'à la fin de la tutelle (3).

III

LA LOI PLÆTORIA ET LA CURATELLE DES PUBÈRES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS.

La curatelle des fous et des prodigues n'a pas subi de changements que l'on puisse avec certitude faire remonter à cette période (4) ; mais nous avons à signaler l'institution d'une nouvelle curatelle, celle des pubères mineurs de vingt-cinq ans.

I. — Aux premiers siècles de Rome, les personnes *sui juris* deve-

(1) Gaius, I, 168.

(2) Cic., De off., III, 17.

(3) Gaius, I, 191 : *post pubertatem*. On a conjecturé que l'action de gestion d'affaires a servi de bonne heure à sanctionner les rapports du tuteur avec le pupille. N'est-ce pas méconnaître le caractère de ces rapports, qui sont restés longtemps étrangers à la sphère du droit et qui, au temps même de Q. Mucius, donnaient lieu à un règlement arbitral? Pendant bien des siècles, le tuteur n'a été justiciable que de l'opinion publique, représentée par le censeur ou par l'arbitre ; la conduite du tuteur était appréciée d'après l'usage des bons citoyens. Ulp., 57 ad Ed., D., L, 17, 42 : Tutelæ damnari hoc non natura probrum est, sed *more civitatis*.

(4) La transformation de la curatelle des prodigues se rattache à notre période par les causes qui l'ont motivée; mais elle semble n'avoir été accomplie qu'au septième siècle : on retrouve dans l'organisation nouvelle de cette curatelle la trace des idées qui avaient cours à cette époque. Cf. Schulin, *Lehrbuch*, 198, et surtout Audibert (*Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain*. Nouv. Rev. histor., 1890, p. 586), qui s'est particulièrement attaché à décrire la physionomie et la nature juridique de la curatelle des prodigues après sa transformation. Voy. p. 534, 552 et suiv.

naient pleinement capables dès qu'elles atteignaient l'âge de la puberté. Tant que les rapports juridiques restèrent peu développés, ce principe put être maintenu sans qu'il en résultât trop d'inconvénients; il se combinait d'ailleurs pour les jeunes filles avec la tutelle des femmes pubères. Mais lorsque les relations d'affaires prirent une certaine extension, la multiplicité des formules d'actes entre lesquelles il fallait choisir exigea une expérience qu'on ne pouvait s'attendre à rencontrer chez un jeune homme de dix-sept ans.

On ne tarda pas à s'apercevoir que le principe, qui laissait à tout chef de maison pubère le soin de défendre ses intérêts, était dans certains cas fort dangereux. D'avides usuriers ne se faisaient aucun scrupule d'en profiter pour exploiter les jeunes Romains maîtres de leur fortune. L'intérêt public parut en jeu : le législateur n'hésita pas à intervenir.

Qu'on ne se méprenne pas sur la nature de son intervention : il n'est pas entré dans sa pensée de restreindre la capacité des mineurs. De tout temps le chef de maison, autorisé à revêtir la toge virile, devint pleinement capable : les Romains étaient trop respectueux des traditions pour oser porter atteinte à cette règle. Ils ont assuré la protection du mineur d'une manière indirecte; ils ont édicté une peine contre celui qui, en contractant avec un mineur, aurait abusé de son inexpérience. Tel fut l'objet de la loi Plætoria.

La date de cette loi est inconnue; on sait toutefois qu'elle existait au temps de Plaute. La façon dont il en parle permet de supposer qu'elle avait été récemment promulguée. La loi Plætoria appartient donc vraisemblablement au milieu du sixième siècle (1).

II. — Nous n'avons sur cette loi que des renseignements très incomplets. Deux points sont certains : la loi Plætoria a permis d'exercer des poursuites contre celui qui aurait circonvenu un mineur (2); elle considère comme mineur celui qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans (3).

On est moins bien fixé sur la nature des faits qui don-

(1) Plaute mourut en 570, à un âge avancé. Cic., De senect., 14. Costa, *Plauto*, 204, conclut du rapprochement du *Mercator*, de l'*Asinaria*, du *Trinummus* et du *Pseudolus*, que la loi Plætoria fut rendue entre 560 et 562.

(2) Cic., De off., III, 15 : Iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plætoria. Cf. De nat. deor., III, 30.

(3) Plaut., Pseud., I, 3, 68. Le jeune débauché Calidore se plaint amèrement de la loi des vingt-cinq ans. « Perii, an non tum lex me perdit quinavicenaria! Metuunt credere omnes. » La loi Plætoria a étendu à vingt-cinq ans la durée de la minorité : c'est le premier quart de la vie humaine qui, dans les idées des Romains, avait pour maximum cent ans. Varr., L. l., VI, 11; Censor., XVII, 13, 15; Gaius, 17 ad Ed. prov., D., VII, 1, 56.

naient lieu à la poursuite. Cicéron et Paul la désignent par le mot *circumscriptio,* ce qui suppose un dol commis à l'occasion de certains actes (1). Quels sont ces actes? Le passage précité de Plaute et un fragment de Suétone mentionnent, l'un le prêt, l'autre la stipulation (2). Nous pouvons en conclure que la loi Plætoria visait les actes fiduciaires, confirmés ou non par une stipulation. On ignore s'il y avait d'autres actes tombant sous l'application de la loi (3).

Les textes sont muets sur la peine édictée par la loi Plætoria. Vraisemblablement, c'était une peine pécuniaire assez forte, sans quoi Plaute n'aurait pu dire qu'on redoutait l'application de la loi (*metuunt*). La condamnation prononcée en vertu de cette loi entraînait l'infamie et, d'après la loi municipale de Jules César, l'exclusion du décurionat (4). Le créancier condamné pour avoir circonvenu un mineur pouvait-il néanmoins réclamer l'exécution de l'engagement contracté envers lui? On l'ignore. Probablement la loi Plætoria est une de ces lois qui infligent une peine au contrevenant sans rescinder l'acte d'où résulte la contravention.

Au temps de la procédure formulaire, il existe une exception qui permet au mineur circonvenu de repousser la demande formée contre lui; mais c'est là sans doute une des améliorations apportées par le préteur au système de la loi Plæto-

(1) Paul, 3 ad Plaut., D., XLIV, 1, 7, 1.

(2) Suet. ap. Prisc. : Suetonius autem passive protulit in quarto pratorum : Plætoria, quæ vetat minorem annis XXV stipulari, ἐπερωτᾶσθαι.

(3) La nature des poursuites autorisées par la loi Plætoria est aussi matière à discussion. Est-ce une action publique que tout citoyen puisse intenter dans la forme des actions criminelles? Si l'on s'en tient à la signification ordinaire des mots, il s'agirait d'une accusation criminelle qui serait admise, contrairement à l'usage, dans une affaire intéressant le patrimoine d'un particulier. Mais alors celui qui a eu à souffrir du dol n'obtiendrait aucune compensation. Cette conséquence a fait hésiter certains auteurs. A leur avis, la poursuite aurait le caractère d'une action populaire et serait exercée dans la forme ordinaire des actions privées. (Ihering, IV, 117; Karlowa, *Civilprozess,* 353.) Mais cette manière de voir paraît difficile à concilier avec la façon dont Cicéron caractérise cette action, et avec le rapprochement qu'il établit, dans ses Philippiques (XIV, 7), entre ce délit et celui de supposition de testament. Voigt, II, 296; *J. N.,* III, 793, pense également qu'il s'agit ici d'une action populaire, mais ayant le caractère d'un *arbitrium ;* c'est, d'après lui, la conséquence du rapprochement fait par Cicéron entre le dol commis au préjudice d'un impubère par le tuteur, et la *circumscriptio* des mineurs. Mais nous avons établi que l'*arbitrium tutelæ* ne remonte pas aux Douze Tables, qui, au contraire, édictent la peine du double. Le mot *vindicare* qu'emploie Cicéron se dit d'une action tendant à infliger une peine. Gaius, III, 217. Cf. Huschke, Z. f. R. G., 1881, p. 319, 321. La question paraît aujourd'hui résolue par un fragment récemment découvert (Girard, 371; Mispoulet, 680) où l'action de la loi Plætoria est rangée parmi les actions noxales : les actions privées ont seules ce caractère. Cf. F. Girard, Nouv. Rev. hist., 1890, p. 696.

(4) *C. I. L.,* I, 206, lin. 111.

ria (1). La pensée du préteur, telle qu'elle apparaît dans les documents de l'époque classique, a été de protéger le mineur non seulement contre le dol, mais même contre une lésion qui ne serait pas le résultat d'un dol : c'est pour cela qu'il promet au mineur la restitution en entier (2).

La raison qui motiva la loi Plætoria est analogue à celle qui avait fait maintenir la tutelle des femmes : on craignait que le mineur de vingt-cinq ans n'eût pas l'expérience nécessaire pour s'engager par un acte solennel (3).

III. — Ce n'est pas seulement à ce point de vue que le mineur avait besoin de protection. Chargé de l'administration de ses biens, il pouvait, quelque soin qu'eût pris le tuteur de le mettre au courant, être dans certains cas hors d'état d'y faire face : une santé débile, une intelligence des affaires peu développée, pouvaient l'empêcher de s'en occuper (4). La loi Plætoria, s'il faut en croire Capitolin, avait prévu le cas et autorisé le mineur à solliciter la nomination d'un curateur en présentant une

(1) Paul, 3 ad Plaut., D., XLIV, 1, 7, 1.

(2) On a prétendu, il est vrai, qu'au temps des actions de la loi, le mineur pouvait provoquer son créancier à conclure une *sponsio* préjudicielle tendant à faire juger s'il y avait eu contravention à la loi. Si le juge donnait raison au mineur, le créancier ne pouvait réclamer l'exécution de l'engagement. Cette opinion se fonde sur un passage de Plaute (Rud., V, 3, 24) : Gripus, qui a trouvé la valise de Labrax, lui fait jurer sur l'autel de Vénus qu'il lui payera un grand talent d'argent le jour où sa valise lui sera rendue. Lorsque Gripus réclame l'exécution de la promesse, Labrax allègue qu'il est mineur de vingt-cinq ans et que la promesse lui a été arrachée par dol, et il offre de faire la preuve devant un juge :

Cedo quicum habeam judicem,
Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiamdum haud siem
Quinque et viginti gnatus annos.

Il nous paraît bien difficile de trouver dans ce texte la trace d'une *sponsio* préjudicielle ; il y manque un détail essentiel : la provocation au pari. La proposition de Labrax peut s'expliquer autrement : la convention intervenue entre Gripus et Labrax, et que Plaute qualifie improprement stipulation, se réduit à une promesse faite sous serment. Sans doute le serment est, comme la stipulation, un mode de confirmation des actes fiduciaires, mais il en diffère autant par la forme que par sa nature et par ses effets. La promesse sous serment n'a pas de valeur juridique : Labrax le sait fort bien (V, 2, 8). Aussi la question ne pourra-t-elle faire l'objet d'un procès proprement dit, mais seulement d'un arbitrage. C'est un arbitre que demande Labrax ; le mot *judex* est parfois employé dans ce sens. (Liv., III, 24, 56 ; Val. Max., II, 8, 2.) L'arbitre, après avoir constaté la contravention à la loi, déclarera que le mineur n'a pas le devoir d'exécuter son engagement. (Cf. Ihering, IV, 120 ; Iahrb. f. Dogmatik, XII, 354.) Cette conclusion, que paraît autoriser le texte de Plaute, n'est pas sans importance : au sixième siècle, les actes fiduciaires étaient très usités ; lorsqu'on s'était dispensé de les confirmer par une stipulation, le mineur, qui avait engagé sa foi en se laissant circonvenir, trouvait dans le recours à un arbitre le moyen de se soustraire à l'exécution de sa promesse.

(3) Cf. Gaius, I, 190 : Plerumque decipiuntur.

(4) Si le mineur était absent, si par exemple il avait été forcé d'aller à l'étranger, on lui nommait avec son assentiment un procurateur. Paul, 9 ad Ed., D., III, 3, 43, 3. Cf. Modest., 1 Excus., D., XXVI, 6, 2, 4.

demande motivée (1). Le préteur n'a pas qualité pour procéder d'office à la nomination du curateur : il se contente d'instituer le curateur qu'on lui désigne.

Cette curatelle ne paraît pas être entrée facilement dans les usages des Romains avant Marc-Aurèle (2); on n'en rencontre pas d'exemple dans les écrivains antérieurs à Auguste. On la trouve pour la première fois mentionnée dans une décision attribuée par Ulpien à Labéon (3), et encore n'est-il pas sûr que le rapprochement établi entre la curatelle du mineur et les autres curatelles soit dû à Labéon plutôt qu'à Ulpien. Peut-être Ulpien a-t-il étendu au curateur d'un mineur ce que Labéon disait du curateur d'un fou ou d'un prodigue.

Ne nous étonnons pas que cette curatelle ait rencontré peu de faveur auprès des jeunes Romains. Ni le magistrat ni leurs agnats ne pouvaient, contre leur gré, leur imposer un curateur : il fallait qu'ils en fissent eux-mêmes la demande. C'était là une démarche à laquelle ils ne devaient pas se résoudre aisément; ils devaient plutôt être disposés à trop présumer de leurs forces.

Ce n'est pas ainsi qu'on envisage d'ordinaire la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans. Au lieu d'être chargé de l'administration des biens du mineur, le curateur serait chargé de le conseiller dans une affaire déterminée (4); il n'y aurait pas, avant Marc-Aurèle, de curateur permanent, mais seulement des curateurs spéciaux dont la mission prendrait fin après la conclusion de l'acte pour lequel ils ont été nommés. L'approbation donnée par le curateur serait une garantie pour ceux qui traitaient avec le mineur : ils ne pouvaient plus être accusés de l'avoir circonvenu, et, par suite, ils échappaient aux peines édictées par la loi Plætoria.

Cette conjecture repose, croyons-nous, sur un anachronisme. Sous la République, le curateur est toujours présenté comme un administrateur des biens d'autrui; on ne le voit jamais nommé

(1) Capitol., M. Anton., 10 : De curatoribus vero, cum ante nonnisi ex lege Plætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.

(2) Pernice, *Labeo*, I, 232.

(3) Lab. ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 1, 1, 9.

(4) Tel serait le sens des mots *non redditis causis* dans le texte de Capitolin. Mais c'est là une interprétation peu naturelle. Capitolin dit que, depuis Marc-Aurèle, le seul fait d'être mineur de vingt-cinq ans suffit pour obtenir un curateur, de même qu'il suffit de prouver la folie ou la prodigalité; donc auparavant il fallait de plus justifier de raisons particulières qui peut-être étaient énumérées par la loi. (Arg. Gaius, I, 198.) Il n'y a pas dans le texte la moindre allusion à un changement dans les attributions du curateur. Cf. Huschke, Z. f. R. G., 1881, p. 336; Pernice, *Labeo*, I, 328.

pour une affaire déterminée. Les curateurs spéciaux des mineurs de vingt-cinq ans apparaissent pour la première fois dans les écrits d'Ulpien, qui en attribue l'institution aux constitutions impériales (1).

La conjecture manque d'ailleurs de vraisemblance. Comment l'approbation du curateur empêcherait-elle l'application de la loi Plætoria, alors qu'elle n'empêche pas le préteur d'accorder la restitution en entier? Pourquoi celui qui a circonvenu le mineur en dépit du curateur ne subirait-il pas la peine de son dol?

Quelle était donc, avant Marc-Aurèle, la situation du mineur qui avait obtenu un curateur pour administrer ses biens? Sa capacité était entière; les engagements qu'il contractait étaient valables en eux-mêmes. Mais lorsqu'il faudra les exécuter sur les biens dont le curateur a la garde, le sort du créancier sera entre les mains du curateur. Pour les actes de disposition, le consentement du curateur était nécessaire lors de la conclusion de l'acte : le mineur ne pouvait seul disposer valablement des biens dont la garde était confiée au curateur.

CHAPITRE X

Procuratelle et gestion d'affaires.

Tandis que la tutelle et la curatelle ont pour but de protéger certains chefs de maison qui, en raison de leur état intellectuel, sont réputés incapables de se défendre, la procuratelle et la gestion d'affaires s'appliquent à des citoyens capables, mais qui sont dans l'impossibilité matérielle d'exercer leurs droits et de sauvegarder leurs intérêts : ce sont des personnes retenues à l'étranger soit par un service public, comme députés ou comme soldats, soit par des affaires privées; ou bien encore ce sont des captifs ou des exilés volontaires.

I. — Dans tous ces cas, le chef de maison est en état d'absence. Sa situation en pays étranger est réglée par le droit pérégrin; mais, vis-à-vis de ses concitoyens, elle reste ce qu'elle était auparavant. En droit, sinon en fait, elle ne subit aucune modification : l'absent conserve sa qualité de membre de la cité, avec les prérogatives qui en découlent. C'est du moins ce que l'on admet en droit public et en droit sacré (2).

(1) Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 7, 5, 5; 11 ad Ed., D., IV, 4, 7, 2. Cf. Antonin, *C. J.*, V, 31, 1.

(2) Le magistrat, prisonnier de guerre, n'est pas remplacé. Polyb., I, 21. Cf. Liv.,

En est-il de même en droit privé? On ne rencontre dans l'ancien droit aucune disposition qui ait pour effet de faire considérer l'absent comme esclave : il ne subissait, par le seul fait de l'absence, aucune *capitis deminutio*. Il est vrai que les Douze Tables prononçaient contre le citoyen qui ne faisait pas sa déclaration au cens une peine capitale en vertu de laquelle il était rayé des rôles; mais cette peine est de bonne heure tombée en désuétude, et, en tout cas, le censeur jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le défaut de déclaration était excusable. L'excuse était surtout admise en cas d'absence. D'ailleurs, il n'était pas nécessaire de faire la déclaration en personne : on admettait ici l'intervention d'un représentant (1). Il arrivait même que le recensement était suspendu en temps de guerre, lorsqu'une notable partie des citoyens était retenue dans les légions (2).

II. — On a prétendu cependant que l'absence avait pour conséquence une *capitis deminutio major*, lorsqu'elle avait pour cause la captivité. Le captif ne devenait esclave et ne recouvrait la qualité de citoyen et les droits qui lui appartenaient antérieurement que par l'effet du *jus postliminii* (3). Il y a dans cette affirmation une part de vérité, au moins pour le droit classique; le captif, dès l'instant où il remet le pied sur le sol romain, recouvre rétroactivement tous ses droits. On compare sa situation à celle d'un esclave (4), mais on a toujours soin de distinguer la servitude qui résulte de la captivité de celle qui a toute autre cause : la première n'est qu'une servitude de fait; elle n'existe pas aux yeux du droit (5).

Dans l'ancien droit, il n'en est pas ainsi; le mariage n'est pas

XXVII, 21; XXX, 19. Plin., H. n., XVIII, 2, affirme que les frères Arvales conservent leur caractère sacerdotal, même en état de captivité.

(1) Scipio ap. Gell., V, 19; Varr., L. l., VI, 86 : Omnes quirites... si quis pro se *sive pro altero rationem dari volet*, vocato in licium huc ad me.

(2) Liv., VI, 31. Cf. Mommsen, II, 354.

(3) Hase, *Das* jus postliminii, 1851, p. 196. Puchta, I, 220. Buhl, *Salvius Julianus*, 1886, I, 252. Schulin, *Lehrb.*, 261.

(4) *Quasi servus*, dit Paul, III, 4[a], 8, et l'on en tire certaines conséquences. Le captif ne peut laisser d'hérédité (Ulp., 2 ad Ed., D., L, 16, 3, 1); son mariage est dissous (Pomp., 15 ad Sab., D., XXIV, 3, 10, pr.); la tutelle cesse (Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 3, 7, 1).

(5) C'est une *servitus non justa*. Voy. Mommsen, *Festgabe für Beseler*, 1885, p. 256. Quelques textes d'auteurs non juridiques parlent ici de *capitis deminutio* : Cæs., De B. C., II, 32; Hor., Od., III, 5, 42; P. Diac., v° *Deminutus*; Isidor., X, 10, 54. Liv., XXII, 60. Mais ces textes, qui ne prennent pas tous le mot *capitis deminutio* dans un sens technique et qui d'ailleurs ne peuvent être considérés comme l'expression du droit ancien, ne sauraient prévaloir sur le témoignage d'Ulpien, qui considère la captivité et la *c. d.* comme deux choses distinctes (12 ad Sab., D., XXXVIII, 16, 1, 4). Voy. Voigt, *J. N.*, IV, 37; Cohn, *Zur Lehre von der* c. d., 69 et 104; Accarias, I, 460.

dissous de plein droit : c'est une simple cause de divorce (1). La tutelle subsiste : on peut simplement nommer un tuteur datif en attendant le retour du captif. Si le prisonnier meurt chez l'ennemi, ses biens reviennent à ses héritiers légitimes (2).

D'autre part, le *postliminium* n'avait pas, à l'époque antique, la portée que lui attribuèrent les jurisconsultes classiques à la suite de la loi Cornelia (3). *Postliminium reverti,* c'est rentrer dans sa maison et, par suite, en reprendre le gouvernement. C'est recouvrer l'exercice des droits de maître momentanément suspendus, la faculté d'agir en justice et de faire les actes qui exigent pour leur accomplissement la présence sur le sol romain. Tel était le testament *per æs et libram :* le testateur dispose de ses biens à la façon du législateur (*legis modo*); il va de soi qu'on ne peut légiférer que dans les limites du territoire (4).

Le *postliminium* ne fut dans le principe que la constatation d'un fait : plus tard on en fit un état de droit; on définit les conditions sous lesquelles il serait admis; on y attacha des conséquences juridiques. Il y eut un ensemble de règles déterminant la situation du captif en son absence et après son retour. La captivité

(1) Les jurisconsultes classiques ont admis la dissolution du mariage par la captivité; ils lui attribuent un effet analogue à la mort. Cette décision leur a paru offrir des avantages quant à la restitution de la dot. Paul, 6 ad Plaut., D., XXIV, 3, 56.

(2) On a soutenu qu'avant la loi Cornelia, les biens du prisonnier mort en état de captivité étaient considérés comme des biens vacants et sans maître. La loi Cornelia aurait porté remède à cette situation en introduisant une fiction par laquelle le captif était présumé mort au moment de sa captivité. Hase, op. cit., 190. Cf. Accarias, I, 888. Mais cette conjecture ne repose sur aucun texte (Buhl, I, 256, le reconnaît), et il est peu vraisemblable qu'à une époque où l'on attachait encore une grande importance aux biens patrimoniaux, on n'ait tenu aucun compte du droit des héritiers siens. Bien qu'on ne connaisse exactement ni la date ni le contenu de la loi Cornelia, on peut affirmer qu'elle n'a pas donné à la fiction la portée qu'on lui attribue : c'est la jurisprudence qui l'a ainsi développée (*juris ratio,* dit Pap., 29 quæst., D., XLIX, 15, 10 pr. Ulp., 35 ad Sab., eod., 18. Cf. Bechmann, 84; Kuntze, I, 241; Buhl, 257). Les plus anciens auteurs qui s'en occupent disent simplement que la loi Cornelia a confirmé les institutions d'héritier et les nominations de tuteur contenues dans le testament fait par le captif avant de tomber au pouvoir de l'ennemi. Jav., 4 Ep., D., XXVIII, 3, 15. Cette loi devint sans doute nécessaire à l'époque où la jurisprudence, cherchant à définir la situation du captif, la compara à celle d'un esclave.

(3) L'idée du *postliminium* est très ancienne : *antiquitus placuit,* dit Modest., 3 Reg., D., XLIX, 15, 4. Elle a été introduite par la coutume *naturali æquitate.* Paul, 16 ad Sab., eod., 19 pr. D'après Ælius Gallus (Festus, v° *Postliminium receptum*), qui paraît avoir vécu sous Auguste, le *postliminium* s'applique dans deux cas distincts : lorsqu'on a perdu la cité romaine en devenant membre d'une cité qui n'est pas sous la dépendance du peuple romain, lorsqu'on est tombé au pouvoir de l'ennemi. Dans le premier cas, il y a *postliminium in pace;* dans le second, *postliminium in bello.* Voy., sur les modifications apportées à cette conception du *postliminium,* Mommsen, III, 656 (282^2).

(4) Seul, le testament *in procinctu* pouvait être fait partout où se trouvaient les armées romaines. Cf. C. civ., 981 et 988.

fut considérée comme entraînant la perte provisoire de la capacité juridique, mais cette conséquence était rétroactivement effacée par le retour du captif. Le captif était censé n'avoir jamais été absent. Cette conception du *postliminium* est étrangère à l'ancien droit : il ne connaît ni *jus postliminii*, ni fiction de rétroactivité (1). Le captif recouvre l'exercice de ses droits par le seul fait de son retour, de quelque manière qu'il ait lieu (2).

III. — Les biens de l'absent étaient d'ordinaire administrés par ses enfants ou ses esclaves (3), à défaut par un tiers, parent ou ami, qui, pour lui rendre service, prenait soin de ses biens. Ce tiers jouait un rôle analogue à celui du curateur d'un fou : on l'appelait *procurateur*.

Les jurisconsultes classiques rangent le procurateur parmi les mandataires (4) : dans l'ancien droit, on l'envisage à un autre point de vue (5). Le mot *procurator* ne fait pas allusion à un mandat (6) : il désigne plutôt une personne qui prend soin des affaires d'autrui comme un curateur. Qu'elle agît ou non en vertu d'un mandat, c'était là un fait indifférent. Même au temps de Gaius, il y avait des jurisconsultes qui soutenaient que le *procurator* n'était pas un mandataire (7). Jusqu'au deuxième siècle de notre ère, le mot *procurator* désigna, à peu près exclusivement, l'administrateur général des biens d'un absent (8). Le procurateur était d'ailleurs, comme le mandataire, *domini loco* (9).

Tant que la *procura* s'appliqua à l'ensemble des biens d'un absent, on put à la rigueur se passer de la sanction de la loi : le procurateur se remboursait de ses avances sur le produit des biens qu'il administrait. On pouvait être assuré que les intérêts de l'absent ne resteraient pas en souffrance, et qu'il se trouverait toujours un ami, un voisin, pour prendre soin des biens laissés à

(1) Cf. Bechmann, Das *Jus postliminii*, 1872, p. 10. Pernice, *Labeo*, I, 375. Voigt, I, 299.

(2) Lorsque, après la bataille de Cannes, Annibal envoya à Rome dix prisonniers pour obtenir l'échange des captifs, en leur faisant jurer de revenir s'ils ne réussissaient pas dans leur mission, plusieurs d'entre eux restèrent à Rome, au mépris de la foi jurée ; ils n'en recouvrèrent pas moins l'exercice de tous leurs droits : les censeurs se contentèrent de les inscrire dans la classe des *ærarii*, pour avoir violé leur serment. Cic., De off., I, 13; Gell., VI, 18. Voy. Pernice, *Labeo*, I, 376 ; Accarias, I, 111. Il en était tout autrement des citoyens livrés à l'ennemi par le *pater patratus ;* pour eux il n'y avait pas de *postliminium*. Cic., De or., I, 40.

(3) Val. Max., IV, 4, 6 ; 8, 1.

(4) Ulp., 9 ad Ed., D., III, 3, 1 pr.

(5) Cf. Pernice, *Labeo*, I, 493.

(6) Eisele, *Abhandl.*, 59.

(7) Gaius, IV, 84.

(8) Telle était l'opinion de Neratius (Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 25, 3) et de Pomponius (Ulp., 9 ad Ed., D., III, 3, 3, 1). Cf. Pernice, *Labeo*, I, 495.

(9) Cicéron, p. Cæc., 20, l'appelle *alieni juris vicarius*.

l'abandon. Le propriétaire n'avait pas, il est vrai, le moyen de forcer, à son retour, le procurateur à rendre compte de sa gestion, mais cet inconvénient ne dut guère se faire sentir à une époque où l'on redoutait le blâme du censeur. L'essentiel était que l'absent eût le droit de recouvrer sa propriété : il avait pour cela l'action en revendication et l'action de vol (1).

IV. — La présence d'un procurateur, pas plus que celle d'un fils ou d'un esclave, n'était pas suffisante pour sauvegarder les intérêts de l'absent : aucun d'eux n'avait qualité pour agir en justice à sa place, ni le procurateur parce qu'on ne peut exercer une action de la loi au nom d'autrui, ni le fils ou l'esclave parce qu'ils ne peuvent ester en justice. Il y avait là un danger pour l'absent : on pouvait le voler impunément. Le législateur dut intervenir : une loi Hostilia autorisa tout citoyen à exercer l'action de vol au nom des personnes absentes pour le service de l'État ou retenues en captivité. La protection de la loi s'étendit également aux biens des personnes placées sous la tutelle des absents (2).

V. — Le soin des intérêts de l'absent n'était assuré par la procuratelle que d'une façon bien imparfaite. Les rapports qui en résultaient étant étrangers à la sphère du droit, le procurateur n'avait à compter, pour le recouvrement de ses avances, que sur la loyauté de l'absent. Lorsqu'il s'agissait d'actes relatifs à l'administration d'une chose frugifère, il trouvait dans les produits un moyen de s'indemniser; mais pour des actes de gestion d'une nature différente, le recouvrement des déboursés était plus aléatoire. Il était impossible de recourir ici à une stipulation, comme on le faisait entre présents, quand on voulait donner une valeur juridique à des devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens. D'un autre côté, l'absent pouvait mourir et le gérant se trouver en présence d'un héritier qui, n'ayant pas avec lui les mêmes relations que le défunt, aurait refusé de lui tenir compte de ses avances. Aussi devait-il arriver fréquemment que pour les actes de cette espèce les intérêts de l'absent fussent délaissés.

Le préteur estima qu'il était d'intérêt public de porter remède

(1) Pap., 1 Resp., D., XVII, 1, 55, autorise l'action de mandat à l'exclusion de l'action de vol : c'est une conséquence de l'opinion qui avait prévalu au temps de Papinien et d'après laquelle la *procura* supposait un mandat. Depuis que la *procuratio unius rei* avait été admise, ce criterium servait à distinguer la procuratelle de la gestion d'affaires.

(2) Inst., IV, 10 pr. Cette loi est-elle due au préteur de la *gens* Hostilia de 545 et 547? Elle est vraisemblablement plus ancienne : la nécessité de protéger efficacement les biens des absents a dû se faire sentir dès le cinquième siècle, à l'époque où les Romains étaient constamment en guerre avec les peuples de l'Italie. D'autre part, les Hostilii étaient plébéiens : la loi Hostilia est sans doute un plébiscite rendu après la loi Hortensia.

à cette situation : il promit de donner une action en justice à celui qui en pareille circonstance aurait fait le nécessaire pour défendre les intérêts de l'absent (1). Ce fut le point de départ d'une institution nouvelle, la gestion d'affaires, qui devait dans la suite recevoir une notable extension.

L'existence d'un édit sur la matière est certaine. Ce que dit Ulpien au début de son dixième livre sur l'Édit prouve que le préteur a voulu, en créant une action, encourager les personnes qui prendraient en main les affaires d'un absent. Nous croyons dès lors que l'action de gestion d'affaires servit, dans le principe, à assurer le recours du gérant contre l'absent ou ses héritiers (2).

Ce n'est pas seulement en cas d'absence qu'il promit de donner une action : il en fit autant pour le cas où l'on gérerait une affaire concernant une personne décédée en attendant qu'un héritier se présentât. L'utilité de l'édit était ici plus évidente encore : le gérant ne pouvait être inspiré par le désir de rendre service à un ami, puisqu'il ignorait par qui les biens seraient réclamés.

La protection du préteur s'étendit-elle dès le début à tout acte

(1) C'est dans une pensée analogue qu'il créa l'action *funeraria* au profit de celui qui aurait fait les frais des funérailles d'un citoyen, à défaut des héritiers. Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 12, 2. Cf. Dernburg, op. cit., 110; Pernice, *Labeo*, I, 365 ; Lenel, *E. P.*, 182.

(2) Le caractère et la portée primitive de l'action *negotiorum gestorum* sont l'objet de controverses. La difficulté vient de ce que cette action est présentée par les textes comme une action de bonne foi ; par suite, c'est une action civile. Et cependant elle a fait l'objet d'un édit du préteur (Ulp., 10 ad Ed., D., III, 5, 3 pr.) Or, si l'album du préteur contient toutes les formules d'actions tant civiles que prétoriennes, il n'y a pas d'exemple d'une action civile proposée par un édit : d'où la conséquence que cette action *neg. gest.* a dû être, dans le principe, une action *in factum*. Cette conclusion, proposée par Wlassak (*Zur Geschichte der* negotiorum gestio, 21), est mise en doute par Lenel, *E. P.*, 85 : il explique l'édit en disant que le préteur a voulu encourager les citoyens à prendre la défense des *indefensi* en leur rappelant qu'il existe une action civile pour se faire indemniser. Cette explication ne nous paraît pas suffisante, et nous admettons avec Wlassak que l'action *neg. gest.* fut d'abord *in factum ;* mais nous nous séparons de lui lorsqu'il voit dans la gestion d'affaires une institution très générale qui comprenait à la fois le mandat et la tutelle. Nous croyons que les Romains ont eu de tout temps conscience des différences qui séparent ces divers actes ; les raisons d'intérêt public, qui ont décidé le préteur à créer l'action *neg. gest.* pour assurer dans un cas particulier le recours du gérant, n'existaient pas au même degré pour le mandat et la tutelle. Les rapports qui en résultaient, de même que ceux qui naissaient de la gestion d'affaires en dehors du cas prévu par l'édit, n'étaient pas d'ailleurs dépourvus de toute sanction : ils donnaient lieu à un arbitrage. Lenel a objecté qu'il n'y a pas trace dans les textes de la formule *in factum,* tandis qu'ils citent des formules de cette espèce pour le dépôt et le commodat. Cela prouve simplement, à notre avis, que l'action *neg. gest.* est devenue une action civile plus tôt que les autres. Elle a reçu d'assez bonne heure une application qui a dépassé de beaucoup la portée que l'Édit lui avait tout d'abord attribuée. Voilà pourquoi les textes n'avaient plus à la mentionner spécialement. Cf. Karlowa, *Röm. R. G.*, I, 464. Cogliolo, *I principii teorici della* neg. gestio (Memorie della R. Accad. di Modena, 1888, p. 191), pense, comme nous, que l'action *neg. gest.* s'appliqua dans le principe à l'*indefensus ;*

de gestion fait dans l'intérêt d'un absent? Nous avons établi tout à l'heure que cette protection n'était pas indispensable lorsque la gestion s'appliquait à une chose frugifère, à un fonds de terre, par exemple. La dénomination de l'action donnée au gérant confirme cette manière de voir : elle suppose un *negotium gestum* (1).

Quel est ici le sens du mot *negotium* (2)? A l'époque classique, ce mot a une signification très large et comprend même l'administration des biens. En était-il de même dans l'ancien droit? La différence que nous venons de signaler entre la dénomination du gérant d'affaires et celle du procurateur des biens permet d'en douter. Ce doute est confirmé par les renseignements fournis par Ulpien sur les causes qui ont rendu nécessaire la publication de l'édit. Le préteur s'est préoccupé de l'*indefensus* : il a voulu éviter que les intérêts de l'absent ne fussent compromis faute de se défendre en justice. Les quatre applications de l'édit citées par Ulpien (3) se rapportent à cet ordre d'idées : les biens de l'absent vont être saisis et vendus en masse; un objet qu'il avait donné en gage va être mis en vente; une peine qu'il avait promis de payer en cas d'inexécution d'un engagement est sur le point d'être encourue; ou bien il va, par l'effet d'un acte contraire au droit, perdre une chose qui lui appartient. Dans tous ces cas, le préteur souhaite l'intervention d'un gérant pour sauvegarder les intérêts de l'absent.

L'édit sur la gestion d'affaires date vraisemblablement de l'époque où les absences se multiplièrent par suite de l'extension des relations commerciales des Romains. C'est dans la période comprise entre la fin du cinquième siècle et le milieu du sixième que le commerce maritime commence à se développer, et, dès ce moment, un assez grand nombre de Romains vont résider à l'étranger. De là, toute une série de mesures motivées par la dispersion des personnes appartenant à une même famille : la loi Atilia, qui pourvoit à la nomination d'un tuteur datif, lorsqu'on ignore où est le tuteur légitime; la loi Hostilia, qui permet d'exercer l'action de vol au nom d'un absent ; l'édit du préteur, qui autorise la vente des biens d'une personne décédée sans laisser d'héritier connu (4).

mais il affirme que c'était une action civile ; l'édit du préteur aurait eu pour but d'en étendre l'application. Nous ne croyons pas à l'existence des actions de bonne foi au sixième siècle : il n'y avait à cette époque que des *arbitria*.

(1) Pour apprécier la valeur de cette expression, il suffit de la rapprocher de celle qui est usitée pour le procurateur de tous biens : le gérant prend soin des *negotia*, et non des *bona* de l'absent.

(2) WLASSAK, op. cit., 37.

(3) 10 ad Ed., D., III, 5, 3 pr.

(4) Voy. *supra*, p. 525, n. 1.

CHAPITRE XI

Les obligations.

I

NOTION DES OBLIGATIONS.

I. — La notion de l'obligation en droit classique n'a qu'un rapport assez éloigné avec l'idée que les Romains des premiers siècles se faisaient de l'état d'obligé. Les chaînes dont le débiteur était primitivement chargé ne subsistaient qu'à l'état de souvenir dans la dénomination d'*obligatus* donnée au débiteur. D'après le jurisconsulte Paul (1), la substance des obligations consiste en ce qu'un tiers est astreint envers nous à faire un acte déterminé. Le droit du créancier a donc pour objet un acte dépendant de la volonté du débiteur. En s'obligeant, celui-ci ne donne plus prise sur son corps, mais uniquement sur sa volonté. Cette volonté n'est plus libre quant à l'acte qu'il a promis; c'est pour lui un devoir de plier sa volonté à celle du créancier. Le débiteur doit vouloir quand il plaît et parce qu'il plaît au créancier. Le droit du créancier consiste donc en un pouvoir sur la volonté du débiteur.

Cette conception nous transporte dans un cercle d'idées entièrement nouveau. Nous n'avons rencontré jusqu'à présent que des droits portant sur des objets matériels ou sur des corps vivants : ici, il s'agit d'un droit portant sur quelque chose d'immatériel, sur la volonté d'une personne.

Comment et à quelle époque les Romains se sont-ils élevés à une conception si peu en harmonie avec le matérialisme des premiers siècles? Elle est certainement incompatible avec le caractère des actes juridiques de l'ancien droit. Les dettes résultant d'un acte par l'airain et la balance, d'une *judicatio,* ou d'un legs *per damnationem,* s'éteignent toutes par l'airain et la balance : or la formule que Gaius (2) a conservée prouve que le débiteur était considéré comme enchaîné et placé dans une sorte de servitude, puisqu'en payant il déclarait recouvrer la liberté.

Mais, à côté de la libération par l'airain et la balance, Gaius cite un mode d'extinction des obligations tout différent, l'acceptila-

(1) Paul, 2 Inst., D., XLIV, 7, 3 pr.
(2) Gaius, III, 173.

tion (1). La formule de cet acte n'implique plus l'idée d'un enchaînement du débiteur, mais d'une simple promesse, c'est-à-dire d'un acte de la volonté. Gaius ajoute que l'acceptilation ne peut éteindre que les obligations formées par les paroles, c'est-à-dire par stipulation. Il est dès lors naturel de penser que l'idée nouvelle de l'obligation s'est introduite avec la stipulation. Or, nous avons établi que l'usage de la stipulation se rattache à celui des actes fiduciaires. C'est donc, selon toute vraisemblance, dans le domaine de la *fides* que cette conception nouvelle de l'obligation a pris naissance (2).

Dans l'acte fiduciaire, l'exécution de l'engagement contracté repose sur la loyauté du débiteur : ce qu'on attend de lui, c'est un acte de sa volonté. Le créancier n'a pas de droit direct sur la chose qu'il s'est fait promettre; il doit, pour l'obtenir, recourir à l'intermédiaire du débiteur; il est dans une certaine mesure à sa discrétion. Toutefois, le débiteur ne peut s'abstenir sans violer la foi promise et s'exposer aux conséquences qui s'attachent à un acte malhonnête : sa volonté n'est donc plus entièrement libre; elle est soumise à celle du créancier.

L'assujettissement du débiteur devient plus étroit, si l'acte fiduciaire est confirmé par une stipulation. Le devoir d'honneur ou de conscience se transforme en une nécessité juridique (*dare oportere*), sans que l'objet en soit modifié. En même temps, le pouvoir du créancier acquiert une énergie particulière : au lieu de se borner à une pression morale, il se manifeste, depuis la loi Silia, par une action en justice.

Tel est le point de départ de la notion d'obligation du droit classique et du droit moderne. L'idée métaphysique de lien, qui est traditionnelle dans la définition, n'est pas nécessaire à la notion d'obligation ; elle ne s'explique que par un souvenir du droit primitif.

II. — Nous trouvons ainsi à Rome deux façons distinctes d'envisager l'obligation. A l'origine, la notion abstraite d'obligation n'existe pas, on connaît seulement l'état d'obligé (3). Cet état est celui de l'individu qui est retenu par son créancier et chargé de chaînes, faute d'avoir acquitté une dette provenant soit d'un fait illicite entraînant une peine pécuniaire, soit d'un acte juridique contenant un *damnatio*. Plus tard, à une date qu'on ne peut fixer

(1) Gaius, III, 169.

(2) Cf. Pap., 3 Resp., D., XVI, 1, 27, 2 : fidem suam obligare.

(3) C'est l'idée qu'on a exprimée en disant qu'aux premiers siècles de Rome, il n'y a pas de droits de créance, mais seulement des droits réels. Voy. Kuntze, *Die Obligationen*, 4 ; Gérardin, Nouv. Rev. hist., 1887, p. 711, n. 1 ; H. Krueger, *Gesch. der c. d.*, 287; Bourcart sur Muirhead, 588; Cogliolo, *Storia*, II, 118.

avec certitude, mais qui est postérieure aux Douze Tables et antérieure à la loi Aquilia, probablement vers le milieu du cinquième siècle, la loi consacra l'idée d'une obligation conférant un pouvoir sur la volonté du débiteur. A vrai dire, ce pouvoir était reconnu depuis longtemps peut-être : il résultait généralement d'un acte fiduciaire, mais il n'eut une valeur juridique que du jour où la loi Silia sanctionna la stipulation qui servait elle-même à confirmer les actes fiduciaires.

Les différences qui séparaient ces deux façons de concevoir l'état d'obligé se sont peu à peu atténuées. D'une part, on a retiré au créancier, dans la plupart des cas, le droit de charger de chaînes le débiteur, puis le droit de l'emmener pour le retenir en prison, de sorte qu'à vrai dire son droit se réduit à agir sur la volonté du débiteur, comme dans le cas où l'obligation résulte d'un acte fiduciaire (1). D'autre part, on a cherché à donner une efficacité de plus en plus grande à des devoirs découlant de certains actes sociaux ayant pour objet une dation, un fait ou une abstention. Sans doute, sauf quelques exceptions, on n'est pas arrivé dans cette période à leur attribuer une sanction légale : du moins a-t-on préparé la transformation en obligations des devoirs découlant de ces actes, en développant l'usage de soumettre à un arbitre l'appréciation des difficultés auxquelles pouvait donner lieu l'exécution de ces devoirs. A ce point de vue, le sixième siècle est une époque de transition.

Nous allons suivre dans ses détails ce double mouvement, qui a abouti à unifier la notion d'obligation et à transformer certains devoirs en obligations civiles.

II

SOURCES DES OBLIGATIONS.

Dans la période que nous étudions, les obligations dérivent de deux sources : les unes résultent d'un acte contenant ou pouvant donner lieu à une *damnatio;* les autres, d'un acte donnant naissance à des devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens.

Les obligations de cette seconde classe demeurent, en principe, à l'état de simples devoirs et n'ont qu'une sanction purement morale; les contestations, s'il en survient, sont réglées par voie

(1) Si la loi Pœtelia (*infra*, p. 588) a facilité la transition de la conception antique à la nouvelle, nous ne croyons pas qu'il faille, avec Kuntze, op. cit., 30, chercher dans cette loi le point de départ de la notion moderne de l'obligation. Même avant la loi Pœtelia, les Romains ont admis que, dans les rapports entre certaines personnes, il y a, pour celui qui a fait une promesse, une nécessité morale de l'accomplir.

d'arbitrage. Mais il dépend des parties de donner à ces devoirs une valeur juridique, soit en stipulant la somme due, lorsqu'on a promis une somme d'argent déterminée, soit en stipulant une peine, lorsque le devoir a pour objet une chose certaine autre que de l'argent, un fait ou une abstention. Peut-être même avaient-elles la faculté, en dehors de toute stipulation, de conférer à l'arbitre le pouvoir d'un juge avec l'agrément du magistrat (*arbitrium honorarium*). La jurisprudence a étendu à l'*expensilatio* l'efficacité de la stipulation : ce nouveau mode de confirmation des actes fiduciaires avait sur la stipulation l'avantage de ne pas exiger la présence des parties.

Dans un petit nombre de cas, la loi a cru devoir réprimer la violation d'un devoir résultant d'un acte fiduciaire et en particulier du mandat (1). La loi Aquilia punit l'abus de confiance commis par un mandataire en cas d'*adstipulatio;* la loi Publilia donne une action au double contre le débiteur qui, après avoir donné mandat à un ami de cautionner sa dette, refuse de lui rembourser dans les six mois la somme que le *sponsor* a dû payer à sa décharge. La loi Apuleia a créé une action contre les personnes qui, ayant cautionné une même dette, refusent d'indemniser, chacune pour leur part, celle d'entre elles qui a payé la totalité.

La jurisprudence ou la coutume a pareillement introduit une action (*oneris aversi*) contre le batelier qui a détourné les marchandises chargées sur son navire (2).

A l'exemple du législateur, les magistrats ont créé des actions destinées à réprimer la violation de certains devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens et dont l'exécution avait en quelque sorte un intérêt public.

Les édiles curules ont établi l'action rédhibitoire et l'action *quanti minoris* pour réprimer les fraudes commises dans les marchés publics. Le préteur a créé une action (*de constituta pecunia*) pour punir celui qui, ayant promis de payer à jour fixe une dette préexistante, manque à sa parole; contre le banquier qui n'effectue pas le payement qu'il s'était chargé de faire pour un de ses clients; contre l'arbitre qui, après avoir accepté de trancher un différend qui a donné lieu à un compromis, refuse de se prononcer; contre le batelier, l'hôtelier ou le maître d'écurie qui ne rend pas les objets qui lui ont été confiés.

(1) Cf. pour l'action *furti oblati*, IHERING, *De la faute*, 39.

(2) Alf. VAR., 5 Dig. epit., D., XIX, 2, 31, déclare que l'action *oneris aversi* n'a plus de raison d'être. De son temps elle faisait double emploi avec l'action *locati* ou avec l'action *furti*. Cf. PELLAT, *Textes choisis des Pandectes,* 2e éd., 1866, p. 44. LENEL, *E. P.*, 240.

Toutes ces actions ont un caractère pénal ; elles ne tendent pas à assurer directement l'exécution du devoir qui incombe au défendeur : c'est ce qui a fait dire que la notion de délit a précédé celle de contrat (1). A Rome, comme dans les législations primitives, l'inexécution d'une promesse est considérée, dans certains cas, comme une sorte de délit. C'est là sans doute le fait le plus ordinaire, mais il ne faut pas généraliser et dire que tous les actes, que nous appelons aujourd'hui contrats ont été tout d'abord sanctionnés par des actions de délit spéciales : il y a un certain nombre de rapports contractuels qui, pendant longtemps, n'ont donné lieu qu'à un arbitrage. D'autres ont été sanctionnés par des actions qui n'ont rien de pénal : telle est l'action *funeraria,* qui naît *ex æquo et bono* (2) et permet à celui qui a fait les frais des funérailles d'un citoyen d'en recouvrer le montant contre l'héritier. Telle est aussi l'action de gestion d'affaires, s'il est vrai qu'elle ait été, dans l'origine et pour certains cas particuliers, établie par le préteur. Dans les cas où l'intervention du gérant d'affaires lui donnait, dans le principe, droit à un recours, la somme qu'il est autorisé à réclamer est bien déterminée : c'est le montant d'une dette ou de toutes les dettes d'un débiteur absent (3). Dans l'action *funeraria,* au contraire, la somme à rembourser sera évaluée par le juge *ex æquo :* le juge jouit ici des pouvoirs étendus d'un arbitre.

La loi Calpurnia dénote un progrès dans les idées juridiques des Romains : elle sanctionne les devoirs qui ont pour objet la dation d'une quantité de blé déterminée. Cette sanction a été accordée dans la suite aux devoirs qui avaient pour objet une chose certaine autre que de l'argent.

Enfin la jurisprudence a pareillement étendu l'application des lois Silia et Calpurnia, en sanctionnant certains devoirs, tels que ceux qui résultent d'un *mutuum* ou d'un enrichissement injuste.

On voit avec quelles difficultés s'est introduite cette idée, qui nous semble aujourd'hui si simple : c'est que l'État doit assurer l'exécution de toute convention qui n'est contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. Pendant longtemps, la loi romaine a évité de s'immiscer dans les affaires privées des citoyens. Le législateur est parti de ce principe qu'on ne doit entrer en rapport qu'avec des personnes en qui l'on a confiance : d'où la conséquence que

(1) Ihering, *La faute*, 32. Cf. Gérardin, *La tutelle*, 15 ; Bourcart sur Muirhead, 586.
(2) Ulp., 25 Dig., D., XI, 7, 14, 6. Voy. *supra,* p. 576, n. 2.
(3) Il y a cependant un cas (*ne indefensi... injuria rem amittant*) qui paraît se rapporter à l'époque où l'on reconnut au juge la faculté d'estimer *rem certam.*

l'État n'a pas à intervenir. Il n'a été fait exception à cette règle que pour les dettes d'argent. En cas d'abus de confiance, la victime n'a qu'à s'en prendre à elle-même ; dans les cas les plus graves, le coupable est frappé d'une peine par la loi ou par les édits des magistrats.

Ce que la loi n'a pas osé faire, la coutume l'a fait. L'usage s'est répandu de demander au magistrat de conférer à l'arbitre, à qui les parties confiaient la décision de leur différend, le pouvoir d'un juge. A mesure que les nécessités de la vie sociale ont obligé les citoyens à entrer en rapports d'affaires avec des gens qu'ils connaissaient peu ou point, ils trouvèrent avantage à obtenir de l'arbitre institué par le magistrat un titre de créance, alors qu'ils n'avaient pas eu recours aux formes de la stipulation ou de l'*expensilatio*. De son côté, le préteur promit par avance, et d'une manière générale, d'organiser une instance pour assurer l'exécution des devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens. C'est ainsi que, grâce au préteur, les devoirs consacrés par la coutume se transformèrent en obligations.

La dualité d'origine des obligations a laissé des traces dans le droit postérieur. Les obligations résultant d'une *damnatio* ont conservé des traits particuliers qui les distinguent de celles qui découlent de la stipulation :

1° Le legs *per damnationem*, la *judicati causa* qui suppose une condamnation prononcée par le juge, donnent naissance à des obligations qui s'éteignent par l'airain et la balance (1).

2° L'action *ex testamento*, qui sanctionne le legs *per damnationem*, n'a été rangée qu'assez tard parmi les *condictiones*.

3° Elle entraîne, ainsi que l'action *judicati*, une condamnation au double contre le défendeur qui nie l'existence de la dette.

4° Le débiteur d'un legs *per damnationem* reste tenu même si la prestation est devenue impossible sans sa faute (2).

5° La condition impossible n'empêche pas ce legs de valoir.

Nous connaissons déjà les faits qui motivent une *damnatio* (3). Nous nous bornerons à mentionner ici deux lois qui ont assuré la répression de nouveaux délits : la loi Aquilia pour certains dommages causés sans droit (*damnum* (4) *injuria datum*), et la loi Fabia pour le délit de séquestration (*plagium*).

(1) La nécessité d'un payement *per æs et libram* pour la *judicati causa* avait anciennement sa raison d'être : la condamnation prononcée dans la *judicis postulatio* avait pour objet une somme d'argent et pour effet de mettre le défendeur dans une situation analogue à celle du *nexus* : il était sous le coup d'une *manus injectio*. Pour y échapper, il ne lui suffisait pas de payer le montant de la condamnation : il devait se libérer (*sup.*, p. 384). Il en était de même du *voti damnatus* (*sup.*, p. 423, n. 2).

(2) Lab., 2 Poster., D., XXXII, 30, 6.

(3) Voy. *supra*, p. 332.

(4) Il est à remarquer que le mot *damnum* est pris ici pour la première fois dans

III

NOUVEAUX DÉLITS PRIVÉS.

§ 1er. — *Loi Aquilia.*

La loi des Douze Tables contenait plusieurs dispositions tendant à réprimer les torts causés à la propriété foncière. La fortune individuelle, ainsi que les objets mobiliers compris dans la propriété familiale, n'étaient protégés qu'en cas de vol, de dommage causé par un quadrupède de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux et dans les cas désignés par le mot *rupitiæ*.

Ces dispositions ne tardèrent pas à paraître insuffisantes, soit parce qu'elles laissaient impunis un certain nombre de torts, soit parce que la peine édictée ne donnait pas pleine satisfaction à la victime.

Un plébiscite proposé par le tribun Aquilius, et connu sous le nom de loi Aquilia, vint réglementer à nouveau les torts consistant à détruire ou à détériorer la chose d'autrui (1). Envisagée dans sa teneur primitive, cette loi présente une physionomie différente de celle que lui attribuent les jurisconsultes classiques. Au lieu de proposer une formule abstraite, le législateur a visé un certain nombre de faits qui avaient attiré son attention. Il en est ainsi, du reste, toutes les fois qu'on voit apparaître une notion juridique : elle revêt toujours une forme concrète et ne se traduit en une règle abstraite de droit qu'au bout d'un temps plus ou moins long (2).

Aquilius distingua cinq espèces de torts que les décemvirs avaient confondus sous une dénomination commune (*rupitiæ*) ou n'avaient pas prévus : 1° le meurtre de l'esclave d'autrui ou d'un quadrupède de l'espèce de ceux qui paissent en troupeaux ; 2° l'incendie, en dehors des deux cas prévus par les Douze Tables et pour lesquels il ne fut pas innové ; 3° la destruction de la chose d'autrui ; 4° la

une acception étrangère à l'ancienne langue latine : il signifie dommage. Voigt, *J. N.*, III, 762. Antérieurement on employait le mot *noxia*.

(1) *Supra*, p. 141. La loi des Douze Tables conserve encore dans plusieurs cas son application. Marcel., 8 Dig., D., XLVII, 6, 5 pr., dit que si un esclave commun a causé un dommage sur l'ordre d'un de ses maîtres, on peut, dans certains cas, agir contre l'autre, soit par l'action de la loi Aquilia, soit en vertu des Douze Tables. D'autres textes prouvent le maintien de l'action *ædium incensarum* (Gaius, 4 ad XII Tab., D., XLVII, 9, 9), de l'action *de pastu* (Pomp., 17 ad Q. Muc., D., XXXIX, 2, 39, 1), de l'action *de arboribus succisis* (Paul, 18 ad Ed., D., XII, 2, 28, 6).

(2) Cf. Ihering, III, 114.

détérioration de toutes sortes de choses appartenant à autrui, y compris les esclaves et les quadrupèdes paissant en troupeaux; 5° l'acceptilation consentie par un *adstipulator* au préjudice (1) du stipulant principal.

Tous ces délits présentent un trait commun : ils sont commis sans l'intention d'en retirer un profit (2). Ils sont répartis en trois classes qui font chacune l'objet d'un chapitre de la loi. Le chapitre Ier concerne uniquement le meurtre de l'esclave et du quadrupède appartenant à autrui. Le chapitre II est relatif à l'acceptilation faite par le stipulant accessoire. Le chapitre III comprend tous les autres cas (3).

Dans ces divers cas, la loi oblige l'auteur du tort à payer la valeur vénale de la chose détruite ou détériorée, ou le montant de la créance dont il a fait remise. De plus, par une faveur jusqu'alors sans exemple, l'estimation est faite en recherchant la plus haute valeur que la chose a pu avoir dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé le délit, suivant que ce délit rentre dans le premier ou le troisième chapitre. La peine peut donc se trouver supérieure au chiffre du préjudice réellement éprouvé. Enfin, l'estimation est toujours portée au double, lorsque l'auteur du tort nie le fait qui lui est reproché.

On voit que la loi Aquilia s'écarte à plusieurs points de vue du droit antérieur. Elle contient des innovations importantes et qui révèlent un changement notable dans les idées juridiques des Romains :

1° Elle ne se borne pas à protéger la propriété et la fortune individuelle : elle s'applique à tous les éléments actifs du patrimoine qu'elle considère au point de vue de leur valeur pécuniaire; pour la première fois, la loi réprime le tort fait au titulaire d'un droit de créance. Bien que la créance soit une chose incorporelle, on a assimilé l'extinction de la créance par acceptilation à la destruction d'une chose corporelle.

2° Pour la première fois aussi la peine n'est plus fixée à forfait, ni calculée uniquement d'après la valeur vénale de la chose; elle dépasse le montant du préjudice subi toutes les fois que, dans l'année ou les trente jours qui précèdent, la chose a diminué de valeur.

3° Enfin la peine du double, prononcée contre le défendeur qui

(1) Le mot *fraus* signifie ici préjudice; il n'implique pas l'idée d'une fourberie. VOIGT, *J. N.*, III, 739; *Bedeutungswechsel*, 112.

(2) KUNTZE, II, 563.

(3) GAIUS, III, 210-219. La loi Aquilia contenait-elle encore d'autres dispositions? Il semble résulter de CIC., Brut., 34, qu'elle avait édicté une amende pour réprimer les dommages causés à l'Etat.

nie le fait qu'on lui impute, est admise dans une action tendant à une prestation indéterminée. Jusqu'alors, cette peine n'existait que dans les actions ayant un objet déterminé (1).

Ces innovations s'expliquent en partie par les circonstances dans lesquelles fut rendue la loi Aquilia. L'auteur de la paraphrase grecque des Institutes et un scoliaste des Basiliques nous apprennent que la loi fut votée à l'occasion d'une des sécessions de la plèbe. On admet généralement qu'il s'agit de la troisième, celle qui eut lieu sur le Janicule en 467. On trouve en effet, à la fin du cinquième siècle, une famille plébéienne, celle des Aquilii Flori, dont l'un des membres fut consul en 494 (2). Si cette conjecture est exacte, comme tout porte à le croire (3), la loi Aquilia est l'un des premiers, peut-être même le premier plébiscite rendu depuis que la loi Hortensia avait attribué force de loi aux décisions de la plèbe.

Les plébéiens avaient-ils eu à se plaindre de torts causés par les patriciens et dont ils ne pouvaient obtenir justice par suite de l'insuffisance des textes législatifs? C'est très probable. Il y avait là une cause de discorde, d'irritation, en raison de l'injustice soufferte et non punie, ou réprimée d'une façon imparfaite. Justinien (4) dit que la plèbe fut satisfaite de la règle qui prescrivait d'estimer l'esclave ou le quadrupède tué, d'après la plus haute valeur qu'il avait eue dans l'année écoulée avant le délit. Cette innovation eut sans doute pour but de couper court à des contestations difficiles à juger : l'auteur du tort devait chercher à rabaisser la valeur vénale de la chose au moment du délit, et il n'était pas toujours facile au demandeur de prouver que, quelques instants auparavant, sa chose n'avait pas été détériorée par son fait ou par celui des membres de sa famille. En lui accordant trente jours, et dans le cas de meurtre un an, on lui donna toute facilité pour justifier de la valeur de sa chose. On aggrava en même temps la situation de l'auteur du tort en permettant à la victime de choisir pour son estimation le moment où la chose avait atteint sa plus grande valeur.

Mais la loi Aquilia n'alla pas plus loin : elle ne donna pas à la

(1) Gaius, IV, 9, in fine.
(2) Willems, *Le sénat*, I, 276.
(3) Voici deux faits qui prouvent que la loi Aquilia remonte à une époque assez ancienne : 1° Elle ne peut être invoquée que par les citoyens romains. Lorsque plus tard on l'étendit aux pérégrins, on dut les considérer fictivement comme des citoyens. Gaius, IV, 37. 2° L'obligation imposée à l'auteur du tort est caractérisée par l'expression *damnas esto*, comme pour le legs *per damnationem*. Plus tard on substitua à cette expression celle de *dare oportere*. Voy. *infra*, p. 685.
(4) Inst., IV, 3, 15.

victime le droit de réclamer une indemnité proportionnée à l'intérêt qu'elle avait à conserver sa chose intacte. La condamnation est calculée d'après *quanti ea res est,* et non d'après le *quanti interest*. C'est à une époque ultérieure que, par suite du changement survenu dans le mode d'appréciation des dommages-intérêts, la jurisprudence fit tenir compte non plus seulement de la valeur vénale de la chose, mais aussi de la valeur particulière qu'elle avait pour la victime du délit.

§ 2. — *Loi Fabia.*

La loi Fabia prévoit un tort d'une nature particulière : il consiste à priver un maître de la possession de son esclave, soit en séquestrant cet esclave, soit en lui persuadant de s'enfuir de chez son maître (1). La loi s'applique également à la séquestration d'un fils de famille placé sous la puissance d'autrui, et même d'un chef de famille.

Les dispositions de la loi étaient réparties en plusieurs chapitres :

Chapitre 1er. — Quiconque aura séquestré, vendu ou acheté de mauvaise foi un citoyen romain ou un esclave qui a reçu la liberté en Italie (2), sera frappé d'une peine de 50,000 as. Si le délit est

(1) La loi Fabia est mentionnée par Cic., P. Rabir. perd., 3. Plaute y fait allusion (Curc., 627; Merc., 657 à 659) : elle est par conséquent antérieure à 570, date de la mort de Plaute.

(2) Ulp., 9 de off. proc., Coll., XIV, 3, 4. N'aurait-il pas été plus simple de dire : les affranchis? ou même de supprimer cette périphrase, puisqu'au sixième siècle les affranchis sont tous citoyens romains? Le législateur a voulu désigner des esclaves libérés en Italie dans des circonstances telles que leur qualité de citoyens pouvait être mise en doute; il a voulu les protéger contre les tentatives faites pour les maintenir en servitude. Liv., XXII, 57, dit que pendant la deuxième guerre punique, après le désastre de Cannes, le dictateur M. Junius Pera, pour remplir les cadres des légions, enrôla huit mille esclaves (*volones*) qu'il acheta à crédit. Cf. P. Diac., h. v°; Serv., in Æn., IX, 544; Macr., Sat., I, 11, 31. L'année suivante, Tib. Gracchus enrôla vingt-quatre mille esclaves, sans compter deux cent soixante-dix qui furent achetés en Apulie pour compléter la cavalerie. Val. Max., VII, 6, 1. Après la mort de Tib. Gracchus en 542, les *volones* prétendirent qu'ils étaient déliés de leur serment qui les astreignait à servir dans les légions. Le sénat repoussa cette prétention; il les rappela au service sous peine d'être traités comme déserteurs. Mais en même temps qu'il reconnaissait leur qualité de citoyens, il prit des mesures pour qu'ils ne fussent pas retenus en servitude par leurs anciens maîtres, ni par toute autre personne. C'est vraisemblablement dans ces circonstances que fut rendue la loi Fabia. On trouve précisément en 545 un consul du nom de Fabius qui doit être l'auteur du projet. Les autres dispositions de la loi s'expliquent bien dans cette hypothèse : pendant la deuxième guerre punique, nombre de cités avaient été prises par les Carthaginois, puis reprises par les Romains; les habitants avaient été vendus comme esclaves, leurs propres esclaves avaient été dispersés de tous côtés. Il était urgent de rendre la liberté aux citoyens injustement détenus, et de faire rentrer les esclaves dans la maison de leur ancien maître. Tel fut l'objet de la loi Fabia. Cf. Voigt, *Ueber die* lex Fabia de plagiariis. (Ber. d. K. Sächs. Ges. der Wiss., 1885, p. 319-345.)

commis par un esclave de connivence avec son maître, celui-ci est tenu de payer la peine, et il lui est interdit d'affranchir l'esclave avant dix ans (1).

Chapitre II. — Quiconque aura séquestré, vendu ou acheté de mauvaise foi l'esclave d'autrui, ou lui aura persuadé de s'enfuir de chez son maître, encourra une peine de 50,000 as au profit du trésor (2). Dans tous les cas, le complice est puni de la même peine que l'auteur principal.

Le chapitre III détermine le mode de perquisition de l'individu séquestré. La loi Fabia a introduit à cet égard une procédure nouvelle qui, dans la suite, a été substituée à celle qui avait été consacrée par les Douze Tables pour la recherche d'un objet volé. Anciennement, l'État n'intervenait pas, sauf en cas de meurtre, dans les perquisitions faites pour retrouver le corps du délit ou l'auteur du délit; il laissait aux personnes intéressées le soin d'y procéder. La loi Fabia autorise le plaignant à s'adresser au préteur, qui mettra à sa disposition un *viator* et un esclave public (3). Celui qui s'opposait à la perquisition encourait une peine, dont nous ne connaissons pas le chiffre, au profit du trésor.

L'action donnée en exécution de la loi Fabia était une action populaire. Elle était accordée sans préjudice de l'action *furti* qui appartenait au maître de l'esclave ou au père de l'enfant séquestré.

Le délit prévu par la loi Fabia porte le nom de *plagium;* mais cette dénomination n'apparaît qu'au début de l'empire (4).

IV

ADOUCISSEMENTS APPORTÉS A L'ÉTAT DES OBLIGÉS.

Les droits rigoureux attribués aux créanciers sur leurs débiteurs furent notablement restreints par la loi Pœtelia et par la loi Vallia.

I. — La loi Pœtelia appartient par sa date à la fin de la période précédente : elle est de 428 d'après Tite-Live, de 441

(1) PAUL, 50 ad Ed., D., XL, 1, 12; 5 Sent., COLL., XIV, 2, 1.
(2) ULP., *loc. cit.*, § 5.
(3) PÉTRONE, Sat., 97. Cf. ULP., 1 ad Ed., D., XI, 4, 1, 2, qui rapporte la règle de la loi Fabia modifiée par un sénatus-consulte rendu sous Antonin le Pieux.
(4) *Plagiarius* est pris dans son acception technique par SÉNÈQUE, De tranq., 44, mais non par CICÉRON, Ad Qui. fr., I, 26. *Crimen plagii* se trouve pour la première fois dans un rescrit d'Hadrien. CALLISTR., 6 de cogn., D., XLVIII, 15, 6 pr.

d'après Varron (1). La loi des Douze Tables avait laissé l'*abductus* à la merci du créancier; elle lui reconnaissait bien la faculté d'entrer en arrangement avec celui qui le retenait prisonnier; mais que pouvait-il refuser à un homme qui allait obtenir le droit de le tuer ou de le vendre à l'étranger? La situation des *nexi* n'était pas meilleure : sous prétexte de les empêcher de fuir, et au lieu de les faire travailler pour qu'ils aient plus tôt acquitté leur dette, le créancier les enfermait dans des cachots et leur infligeait les plus mauvais traitements.

Les protestations incessantes de la plèbe finirent par avoir raison de la résistance des patriciens. La conduite indigne d'un créancier à l'égard d'un tout jeune homme qui s'était rendu chez lui pour acquitter par son travail la dette de son père, souleva la colère du peuple : le Sénat présenta, séance tenante, un projet de loi destiné à restreindre les droits des créanciers.

Il fut défendu à tout créancier de charger de chaînes ou d'entraves ses débiteurs. Exception fut faite pour ceux dont la dette résultait d'un délit (2). On retira aux créanciers le droit de vendre comme esclaves les *addicti*. Ils eurent pour gage non plus le corps, mais les biens de leur débiteur (3); ils eurent en outre le droit d'exiger leurs services (4). Le droit du créancier fut, dans tous les cas, limité dans sa durée : le débiteur put réclamer sa libération du jour où sa dette était acquittée soit par un tiers, soit par compensation avec le prix des services qu'il avait rendus au créancier.

La loi Pœtelia contenait, d'après Varron, une autre disposition : elle ordonnait la mise en liberté des *nexi qui bonam copiam jurarent* (5). C'était une garantie morale offerte aux créanciers, à la place de la garantie qu'ils se procuraient précédemment en chargeant de chaînes leur débiteur (6).

(1) Liv., VIII, 28; Varr., L. l., VII, 105.

(2) Liv., VIII, 28 : Ne quis nisi qui nox(i)am meruisset donec pœnam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur.

(3) Liv., *loc. cit.* : Pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esse.

(4) Quintil., VII, 3, 26 : Addictus quem lex servire donec solverit, jubet.

(5) Varr., L. l., VII, 5, 105 : Omnis, qui bonam copiam jurarent ne essent nexi, dissoluti (sunt).

(6) En quoi consistait cette garantie? Il est difficile de déterminer le sens exact des mots *qui bonam copiam jurarent* : les uns pensent que le débiteur devait, pour jouir du bénéfice de la loi, affirmer sous serment qu'il était solvable. (Voigt, *Geschichte des röm. Exekutionsrechts,* 109.) D'autres sont d'avis que la loi s'appliquait à ceux qui affirmaient sous serment qu'ils n'avaient pas de quoi payer leurs créanciers. *Jurare* serait pris ici dans le sens d'*ejurare* et signifierait : nier sous la foi du serment. Cic., Ad fam., IX, 16, dit : « bonam copiam ejurare », et Festus : *ejuratio* significat, id quod desideretur non posse præstari. Cf. Gallinger, *der Offenbarungseid,* 1884, p. 53. Les deux interprétations souffrent également des objec-

Nous venons de faire connaître dans leur ensemble les dispositions de la loi Pœtelia, si du moins on admet avec la plupart des auteurs que le fragment de Varron se rapporte à cette loi (1). Cette loi marque un progrès notable dans les idées des Romains : le débiteur, qui est hors d'état de payer la somme à laquelle il a été judiciairement condamné, n'est plus exposé à perdre la liberté. Quoi qu'il arrive, il restera citoyen. Ses biens et non son corps répondent du payement de sa dette; en cas d'insuffisance, lui, sa femme et ses enfants (2) doivent leurs services au créancier jusqu'à ce qu'ils l'aient désintéressé. Ils étaient généralement employés dans les champs aux travaux les plus pénibles (3). Même dans ce cas, la situation de l'*addictus* diffère de celle d'un esclave : *a*) l'*addictus* conserve ses noms et sa tribu; *b*) il peut invoquer la protection des magistrats, si le créancier abuse de son droit (4); *c*) il peut obtenir sa liberté contre le gré de son maître, lorsqu'il a acquitté sa dette; *d*) l'*addictus* qui a recouvré sa liberté n'est pas traité comme un affranchi : il reste ingénu (5).

Au regard du créancier, l'*addictus*, comme le *nexus*, est dans une situation analogue à celle d'un fils de famille *in mancipio*. Le maître de maison a sur les uns et sur les autres un droit analogue à la propriété, sanctionné peut-être par l'action en revendication et certainement par l'action *furti* (6). Mais il n'a pas le pouvoir de juridiction qui appartient au chef sur les membres de la famille (7). Si, après la loi Pœtelia, on rencontre assez fréquemment la mention d'*addicti* chargés de chaînes ou d'entraves (8),

tions. D'après la première, le serment aurait pour effet de suspendre l'*addictio*; mais que se passait-il ensuite? On ne peut nous le dire. La deuxième enlève au créancier le droit d'exiger les services du débiteur insolvable et le laisse à la merci du débiteur malhonnête qui dissipera ses biens et viendra ensuite jurer qu'il n'a plus rien. L'interprétation qui serait la plus plausible en s'inspirant du but de la loi plutôt que de ses termes serait celle-ci : le débiteur devait jurer de se tenir à la disposition du créancier.

(1) Le doute vient de ce que le texte est un peu altéré et que la signification des mots *bonam copiam jurare* n'est pas certaine. Les noms même de l'auteur de la loi sont douteux. Voigt, *loc. cit.*, lit : « Hoc C. Popillio rogante, Sulla dictatore, sublatum », d'où il conclut à l'existence d'une loi Popillia, distincte de la loi Pœtelia et qui serait de 673.

(2) Plaut., Pœn., I, 1, 57 : Ubi in jus venerit, addicet prætor familiam totam tibi. Cf. Ev. Matth., XVIII, 25.

(3) Cat., R. r., 56; Lab. in Sen. Controv., X, 4, 18; Denys, XVII, 4.

(4) Val. Max., VI, 1, 9; Lic. Rufin., 13 Reg., D., XLII, 1, 34.

(5) Quintil., VII, 3, 26.

(6) Gaius, III, 199. Quintilien appelle le créancier *dominus*. Cf. Voigt, loc. cit., 91.

(7) Contra Voigt, op. cit., 93.

(8) Liv., XXIII, 14 en 538; Minuc. sentent. de 537 : *C. I. L.*, I, 199; Gell., XX, 1; Cat., R. r., 56; Col., I, 3.

ce sont des débiteurs qui ont commis un délit ou qui ont manqué à leur serment.

II. — Malgré l'adoucissement qu'elle avait apporté à l'état d'obligé, la loi Pœtelia avait laissé au créancier le droit d'user de la contrainte privée à l'égard du débiteur qui contestait une dette reconnue par un jugement, ou avouée devant le magistrat, ou contractée dans la forme du *nexum*. Le débiteur n'avait pas le droit de se défendre en personne; il devait présenter un *vindex* qui prenait fait et cause pour lui. La constitution d'un *vindex* était chose facile pour un patricien. Il n'en était pas de même pour les plébéiens pauvres : ils avaient peu de chance de trouver quelqu'un qui voulût s'exposer à payer pour eux (1). La loi Vallia mit fin à cette inégalité en supprimant d'une manière générale la nécessité du *vindex*. Elle permit à tout citoyen de se soustraire à la contrainte privée dont il était menacé (*manum sibi depellere*) et d'agir en justice sans recourir à un *vindex* (2). Deux cas furent exceptés : lorsque la contrainte était exercée en vertu d'un jugement ou de la loi Publilia.

La disposition de la loi Vallia n'était pas de droit nouveau : la loi Marcia et la loi Furia (*testamentaria*) avaient déjà accordé aux usuriers qui avaient exigé des intérêts excessifs, aux légataires qui avaient réclamé un legs de plus de mille as, la dispense de constituer un *vindex*. Mais ces deux lois avaient été conçues dans un esprit tout différent de celui qui inspira la loi Vallia : elles avaient pour but de favoriser la classe riche; une restriction à la faculté de léguer suppose un patrimoine important. La loi Vallia fit profiter les pauvres d'un privilège introduit pour les riches. Cette loi fut vraisemblablement l'œuvre d'un plébéien; les Vallii dont le souvenir a été conservé sont des gens de condition médiocre. On ignore d'ailleurs la date de cette loi. On peut affirmer cependant qu'elle n'est pas antérieure au commencement du sixième siècle, car on trouve encore la *manus injectio pro judicato* dans une inscription de cette époque (3).

Mesurons la portée du changement introduit par la loi Vallia. Jusqu'alors, il y avait deux catégories d'actes : les actes publics contenant une *damnatio*, et les actes privés comme la stipulation. Les premiers donnaient lieu à la contrainte privée, qui n'était pas autorisée pour les seconds. Depuis la loi Vallia, on considère comme actes privés les actes qui n'ont de public que la forme. Par suite, la *manus injectio* donnée à l'occasion de ces actes

(1) Liv., VI, 14. Voy. *supra*, p. 427.
(2) Gaius, IV, 25.
(3) *Lex luci Lucerini, C. I. L.*, IX, 782.

n'avait plus pour but l'exécution réelle, puisqu'il était permis de s'y soustraire; elle ne donnait lieu ni à l'emprisonnement du débiteur, ni à la constitution d'un *vindex :* c'était une action ordinaire.

En somme, après la loi Pœtelia, le débiteur pouvait être emprisonné, mais non enchaîné, sauf en cas de délit. Après la loi Vallia, il ne peut même plus être emmené par le créancier, sauf deux cas. Dès lors, l'obligation résultant d'une *damnatio* ne confère pas plus de droit que l'obligation résultant d'un acte fiduciaire confirmé par stipulation. Les différences qui séparaient ces deux façons de concevoir l'état d'obligé se sont ainsi peu à peu atténuées : le droit du créancier sur le corps du débiteur s'est transformé en un pouvoir sur la volonté. Le droit classique a réalisé l'unité de la notion d'obligation.

CHAPITRE XII

Les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens.

I. — Tant que l'usage des actes fiduciaires fut circonscrit aux relations entre amis ou entre voisins, on put s'en remettre à la conscience de chacun pour l'exécution des devoirs qui lui incombaient. Cet état de choses se modifia au cours des cinquième et sixième siècles, lorsque les étrangers commencèrent à se fixer à Rome en assez grand nombre et que le commerce maritime prit un certain développement. Les rapports d'affaires cessèrent d'être restreints aux gens d'un même quartier ou d'un même collège ; on traita avec des étrangers.

Les solennités des actes juridiques étaient peu compatibles avec la célérité nécessaire aux opérations commerciales; elles n'avaient pas assez de souplesse pour se prêter aux combinaisons variées qu'on pouvait avoir en vue. Les actes fiduciaires ne présentaient aucun de ces inconvénients; ils avaient d'autre part l'avantage de répondre entièrement aux besoins du commerce, qui exige la confiance, le crédit.

Mais du jour où ces actes furent usités entre personnes qui n'étaient pas unies par les liens d'une réciprocité de bons offices, du jour où l'intérêt pécuniaire devint le mobile principal des conventions, l'accomplissement des devoirs résultant de certains actes sociaux fut moins facile à obtenir. Placés entre leur intérêt

et leur devoir, les Romains hésitèrent plus d'une fois. La notion du devoir s'obscurcit, elle se présenta à l'esprit avec moins de netteté depuis qu'elle n'était pas soutenue par le sentiment des égards que l'on doit à des voisins, à des amis, à des personnes unies par un lien religieux. De là les efforts des philosophes pour fortifier par leurs conseils, par leur doctrine, les consciences prêtes à défaillir. Tel était aussi le but de Cicéron, quand il écrivait son traité « Des devoirs ».

Désormais, l'accomplissement du devoir de remplir sa promesse fut une question d'honneur (1). L'honnête homme, dit Cicéron, doit tenir ses engagements sans se préoccuper de son intérêt personnel (2); il doit les tenir vis-à-vis des personnes qui ne sont ni ses parents, ni ses proches (3), même vis-à-vis des étrangers (4). Agir autrement serait la ruine de l'état social (5).

Les préceptes des philosophes, les avis des hommes de bien n'étaient pas suffisants pour assurer d'une manière générale l'observation de ces devoirs : l'autorité publique dut intervenir. En cas de contestation sur la nature ou sur l'étendue d'un de ces devoirs, le magistrat chargeait un juge d'indiquer aux plaideurs ce qu'un honnête homme ferait à leur place (*ut inter bonos bene agier*) (6). La sentence du juge semblait contenir bien moins un ordre de se soumettre au droit qu'une invitation à accomplir un devoir (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*).

II. — Lorsque l'on fit rentrer les actes fiduciaires dans le domaine du droit, il se produisit un double changement dans le caractère du droit et dans celui de la jurisprudence. Le droit n'a plus simplement pour objet la répression des torts : il tend à assurer l'exécution de certains devoirs sociaux. Anciennement, on ne pouvait placer sous la garantie de l'État que des droits actuellement existants (7) et rigoureusement déterminés dans leur éten-

(1) Cic., De off., I, 2 : Nulla enim vitæ pars... neque si cum altero contrahas, vacare officio potest : in eoque colendo sita vitæ est honestas omnis, et in negligendo turpitudo.

(2) Cic., De off., III, 4 : Qui autem omnia metiuntur emolumentis et commodis neque ea volunt præponderare honestate, hi solent in deliberando honestum cum eo quod utile putant, comparare.

(3) Cic., III, 6 : Illud quidem absurdum est quod quidam dicunt : Parenti se aut fratri nihil detracturos commodi sui causa; aliam rationem esse civium reliquorum.

(4) Eod : Qui autem civium rationem dicunt esse habendam, externorum negant : hi dirimunt communem humani generis societatem.

(5) Cic., De off., III, 5.

(6) Cf. Proc., 5 Ep., D., XVII, 2, 78 : Arbitrium boni viri existimo sequendum esse.

(7) Dans la mancipation et l'*in jure cessio*, l'acquéreur affirme qu'il est propriétaire. Le testament comitial confère dès à présent le titre d'héritier, ce qui n'implique pas la transmission des biens, pas plus que le titre d'héritier sien ou légitime. En sens inverse, les droits qui peuvent naître éventuellement de la tutelle ne sont pas sanc-

due. Désormais le droit promet sa protection à des devoirs dont la naissance est subordonnée à une condition (1), ou dont l'étendue sera fixée ultérieurement par le juge suivant les circonstances. Les actes complexes qui répugnent au droit ancien se rencontrent fréquemment dans le droit nouveau (tutelle, etc.).

En même temps, une tâche nouvelle s'impose à la jurisprudence. Les jurisconsultes ont à poser des règles sur l'exécution des engagements, en s'inspirant de celles que les philosophes ont établies pour l'accomplissement des devoirs. Ils ont à rechercher celles qui peuvent être accueillies par le droit et qui sont susceptibles d'une sanction légale. C'est grâce à une analyse pénétrante, unie à une connaissance parfaite des besoins de la pratique, qu'ils parviennent à imprimer à des devoirs plus ou moins vagues la précision que demande le droit.

C'est ainsi qu'aux derniers siècles de la République, le droit romain a reçu tout d'un coup une si grande extension. Avec la notion du devoir, tout un monde d'idées nouvelles pénétra dans la législation et dans la jurisprudence et brisa les cadres trop étroits qui les avaient jusqu'alors enserrées.

III. — Il était nécessaire d'envisager un instant le sort des actes fiduciaires dans le droit postérieur pour se faire une idée juste du caractère qui leur appartient dans les premiers siècles de Rome. Nous pouvons maintenant aborder les détails et étudier les divers actes fiduciaires usités à cette époque. Nous rechercherons ensuite comment ils étaient sanctionnés, et comment on est arrivé progressivement à leur attribuer une valeur juridique.

L'usage des honnêtes gens a consacré un certain nombre d'actes fiduciaires. Les Romains n'ont jamais admis d'une manière générale que tout acte impliquant la confiance réciproque des parties intéressées aurait une valeur juridique, ni même simplement une valeur morale de nature à entraîner certaines déchéances. Dans une matière qui a été réglementée sous l'influence de la coutume, il ne faut pas chercher un principe que l'on ait suivi dans toutes ses conséquences. Même au temps de Justinien, la règle d'après laquelle le simple pacte n'est pas

tionnés; de même ceux qui peuvent résulter du mariage pour la femme répudiée. Pour les statuts d'une corporation, la loi s'en remet aux associés du soin de les faire observer.

(1) Ihering, IV, 164, fait un mérite aux jurisconsultes romains d'avoir restreint aux obligations (dans le domaine des actes entre vifs) l'application de la condition. C'est plutôt un résultat accidentel qu'un fait voulu : c'est la conséquence de ce que les obligations résultaient des actes fiduciaires, où les parties avaient toute latitude. De même si l'obligation conditionnelle ne prend naissance qu'à l'arrivée de la condition, c'est qu'on ne jugea pas utile de sanctionner plus tôt un acte fiduciaire qui ne produira peut-être aucun effet.

muni d'action n'est pas abandonnée. La coutume a consacré les actes indispensables aux besoins de la vie sociale. On peut les ranger en trois classes :

1° Ceux qui tendent à obtenir une prestation en argent en échange d'une contre-prestation : c'est la vente et le louage.

2° Ceux qui consistent à confier une chose à quelqu'un (*rem credere*) à titre de prêt, de commodat ou de gage (1).

3° Ceux qui consistent à remettre une chose à une personne qui en devient en quelque sorte propriétaire, mais sous la charge de la restituer ou d'en rendre compte : tels sont le dépôt, la fiducie, le mandat, la société, la dot, la tutelle (2).

Ces divers actes diffèrent profondément des actes juridiques quant à leur formation : l'élément essentiel des actes fiduciaires n'est pas l'accomplissement d'une solennité, mais l'acte ou la convention des parties en vue de réaliser un but économique ou social. C'est par là que les actes fiduciaires se distinguent les uns des autres ; c'est par là qu'ils acquièrent une individualité propre caractérisée par un nom spécial. Rien de pareil pour les actes juridiques qui sont des formes abstraites pouvant servir à atteindre les buts les plus divers. Aussi le nombre des actes fiduciaires est-il bien supérieur à celui des actes juridiques.

I

LA VENTE.

§ 1er. — *Notion de la vente.*

La vente se présente, suivant les époques, sous deux aspects différents.

1° Aux premiers siècles de Rome, c'est l'acte par lequel on échange une marchandise contre de l'argent. Cet acte se réalise avec ou sans solennité, par la mancipation ou par une simple tradition. Dans l'un et l'autre cas, la vente ne se manifeste que par son exécution. Vendre (*venum dare*), c'est transférer une chose moyennant un équivalent, c'est manciper ou livrer une chose contre argent (3). Acheter (*emere*), c'est prendre possession

(1) Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 1, 1 : Credendi generalis appellatio est : ideo sub hoc titulo prætor et de commodato et de pignore edixit.

(2) Nous avons déjà étudié la dot et la tutelle, *supra*, p. 496 et 566.

(3) *Venum* est pour *vesnum* (sanscrit *vasna-s*) et signifie « prix ». Bréal, *Dict. étym.*, 427.

d'une chose contre le payement d'une somme d'argent. Par suite, les effets de la vente sont ceux de la mancipation ou de la tradition.

Nous avons signalé une conséquence du caractère commutatif de la vente : le payement du prix était indispensable pour faire acquérir la chose à l'acquéreur. La vente étant dans l'ancien droit l'échange de deux prestations, on ne pouvait songer, comme on l'a fait plus tard lorsque la vente fut un contrat productif d'obligations, à proroger l'exécution de l'engagement contracté par l'acheteur. A défaut d'argent, il fallait donner au vendeur un équivalent : telle fut la règle posée par les décemvirs pour la tradition. Nous savons qu'il y avait dans l'ancien droit des modes de satisfaction considérés comme argent comptant : telle était la *prædis datio* exigée dans les ventes faites pour le compte de l'État. En droit privé, il existait une forme d'engagement analogue, la *vadis datio ;* son application en matière de vente est attestée par Varron (1).

2° Aux derniers siècles de la République, la vente apparaît sous un nouvel aspect : c'est une convention en vertu de laquelle le vendeur s'engage à livrer une chose à l'acheteur qui, de son côté, s'engage à payer le prix. Tandis que, dans l'ancien droit, la convention s'effaçait derrière l'échange qu'elle motivait, elle constitue désormais un acte distinct ayant une valeur juridique propre. C'est un contrat productif d'obligations, et ce contrat est sanctionné par un *arbitrium*. Vendre, ce n'est plus prendre possession d'une chose contre le payement d'une somme d'argent : c'est promettre de livrer une chose. Acheter, c'est promettre de payer un prix en argent. La prise de possession et le payement du prix seront effectués ultérieurement.

Comment s'est produite cette transformation? Comment est née la pensée de séparer la vente de la mancipation ou de la tradition qui la réalise? Ce fut la conséquence d'un usage qui paraît s'être introduit d'abord dans les ventes faites pour le compte de l'État (2). Lorsque le censeur ou le questeur mettait en vente un fonds de terre ou toute autre chose appartenant à l'État, il faisait annoncer par un crieur public l'objet et les conditions de la vente (*lex venditionis*). Cet usage s'imposait d'autant plus que, la vente ayant lieu dans ce cas aux enchères, on ne

(1) Varr., L. l., VI, 8, 74 : A quo caveri postea lege cœptum est ab his qui prædia venderent, vadem ne darent; ab eo adscribi cœptum in lege mancipiorum : Vadem ne poscerent, nec dabitur. — Au lieu de la *vadis datio*, Bechmann, *Der Kauf*, I, 348, songe à la *sponsio* primitive, qui ne supposait pas l'existence d'une obligation principale et ne prit que plus tard le caractère d'une garantie.

(2) Mommsen, II, 429, 538; Z. Sav. St., 1885, p. 260.

pouvait faire une convention particulière avec chaque amateur. Force était au vendeur de faire connaître d'avance ses conditions : c'était à prendre ou à laisser.

Un usage analogue existait pour les ventes faites dans les marchés. L'édit des édiles curules obligeait tout vendeur d'esclaves ou de bêtes de trait à en faire connaître les défauts cachés, au moyen d'un écriteau. On s'habitua ainsi à distinguer les clauses de l'acte de leur réalisation.

Une autre circonstance contribua à faire ressortir cette distinction : c'est l'usage emprunté aux actes administratifs de faire constater l'adjudication aux enchères publiques par une question quasi solennelle posée par l'acheteur (*emtum rogare*), et suivie d'une réponse du vendeur (*addictio*) (1). Cette demande et cette réponse étaient purement déclaratives ; elles ne dérivent nullement du rituel de la mancipation. Dans la mancipation, il y a une déclaration unilatérale ; ici, il y a une demande et une réponse (2). Le seul trait commun, c'est qu'on met en relief l'une des faces de l'acte, le côté de l'acheteur et non celui du vendeur ; les deux effets de l'acte sont d'ailleurs indiqués : le prix et l'objet. Il serait tout aussi inexact de considérer notre formule comme une stipulation abrégée. Dans la stipulation, la demande et la réponse créent un droit nouveau : ici, elles sont déclaratives d'un droit préexistant ; elles servent à constater la conclusion de l'acte (3).

Nous venons d'indiquer les causes qui rendirent familière aux Romains la distinction des conditions de la vente et de sa réalisation. Cette distinction fut d'autant mieux accueillie en droit privé qu'elle répondait à un besoin véritable : elle permettait de vendre les fruits à venir, la récolte pendante d'un champ. Ces sortes de ventes étaient très usitées au temps de Caton ; ce sont même les seules auxquelles s'appliquent ses formulaires (4).

Ce dédoublement de l'acte de vente eut pour conséquence

(1) Jul., 3 ad Urs. fer., D., XVIII, 1, 41 pr. Plaut., Pœn., II, 1, 50 ; Capt., I, 2, 78 ; Cic., De har., 13 ; Plin., XIV, 4, 50 ; XVII, 1, 3. De là l'expression *in diem addictio*. Le mot *addictio*, qui se dit ordinairement de l'attribution faite par un magistrat, prouve que cet usage vient du droit public. Bechmann, *Der Kauf*, I, 446. L'adjudicataire disait, par exemple : *Stichus C. est mihi emtus?* (Plaut., Ep., III, 4, 35 ; Varr., R. r., II, 2, 5 ; Javol., 2 Ep., D., XVIII, 1, 64.) Le magistrat répondait : *Stichus tibi emtus esto centum*. Inst., III, 23, 4 ; Scæv., 2 Resp., D., XIX, 1, 48 ; Paul, 5 ad Sab., D., XVIII, 2, 1.

(2) Voigt, *J. N.*, III, 192, 42, pense le contraire parce que, d'après lui, la mancipation implique une double déclaration.

(3) Bechmann, I, 463, 447.

(4) Bechmann, I, 530.

d'intervertir les rôles des parties : la *lex venditionis* étant l'œuvre du vendeur, c'est lui qui avait l'initiative de l'acte. Anciennement, c'était l'acheteur : c'est lui qui prononçait les paroles solennelles dans la mancipation; c'est lui qui cherchait la marchandise (1), et dans l'expression latine qui désigne la vente, c'est l'acte de l'acheteur qui figure en première ligne : *emtio venditio*. D'où vient que les rôles furent intervertis? Parce que désormais c'est le vendeur qui, d'ordinaire, mettait la chose en vente; c'est lui qui rédigeait le cahier des charges. Aussi, en cas de difficulté, on l'interprétait contre lui ; tant pis pour lui s'il s'était mal expliqué; dans le doute, on se prononçait en faveur de l'acheteur; on imputait au vendeur ses réticences ; on l'obligeait à livrer le premier (2).

§ 2. — *L'*arbitrium ex empto vendito.

I. — Nous avons maintenant à rechercher comment on attribua une valeur juridique à l'acte par lequel l'acheteur acceptait les conditions annoncées par le vendeur (3). Jusqu'alors, l'accomplissement d'une solennité était la condition essentielle pour l'existence de tout acte juridique. Dans la vente, au contraire, on n'exige rien de plus que l'accord de volontés des parties. Est-ce une révolution qui s'opère dans la conception des actes juridiques, une idée nouvelle qui se fait jour, ou bien n'est-ce qu'une phase du développement du droit, une simple évolution? L'opinion générale est fixée en ce dernier sens, bien qu'on ne soit rien moins que d'accord sur l'explication à donner de cette évolution.

Entre la conception antique et la nouvelle, l'intervalle est si grand, la différence si profonde, qu'on a pu se livrer à toutes les conjectures pour rendre plausible la transition. La multiplicité

(1) *Emere* = *sumere*. Mommsen, Z. Sav. St., p. 265.

(2) Il avait, bien entendu, le droit de demander l'exécution simultanée. Dans les contrats synallagmatiques, l'exécution doit avoir lieu donnant donnant, *Zug um Zug*, comme disent les Allemands. Voy. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand,* 1890, p. 179.

(3) La question de savoir si les contrats consensuels, et en particulier la vente, remontent au temps des actions de la loi, est très discutée. On ne conteste pas l'existence de la vente à cette époque : il s'agit de dire si et comment elle était sanctionnée. Autrefois on pensait que les contrats consensuels donnaient lieu à la *judicis postulatio* (Keller, *Proc. civ.*, § 7) : c'était une simple affirmation ; aussi cette opinion est-elle aujourd'hui abandonnée (voy. cep. Accarias, II, 680; Cogliolo, *Saggi*, 97), depuis les travaux de Bekker (Heidelberg Kr. Z., 1853, I, 143). La divergence subsiste sur le point de savoir en quoi consistait anciennement la sanction, comment et à quelle époque on a sanctionné les contrats consensuels par une action de bonne foi. Nous examinerons ces deux questions à la fin du chapitre suivant.

des hypothèses prouve l'insuffisance des documents pour résoudre la question dans les termes où elle a été posée. Sans méconnaître la justesse de la loi de l'évolution dans les conceptions juridiques, il faut vérifier avec le plus grand soin si ce que l'on prend pour le point de départ de l'évolution est à l'abri de toute controverse. On a négligé de le faire pour la vente. On a dit : L'ancien droit n'admet que des contrats solennels ; dans les contrats non solennels, le progrès du droit a consisté à dépouiller le contrat de la forme dont il était revêtu, pour ne laisser que la convention. On a perdu de vue que la notion de contrat et la classification de certaines conventions parmi les contrats sont l'œuvre des jurisconsultes classiques. Par suite, on ne peut affirmer que l'ancien droit ait envisagé sous le même point de vue la stipulation, par exemple, et la vente.

Pour établir qu'il y a eu progrès, développement naturel de l'une à l'autre, il faudrait d'abord prouver que la vente était contenue en germe dans la stipulation. Mais comment la vente consensuelle, acte bilatéral, pourrait-elle dériver de la stipulation, acte unilatéral? C'est, a-t-on dit, parce que la vente se décomposait anciennement en deux actes unilatéraux : la stipulation du prix par le vendeur, la stipulation de la marchandise par l'acheteur (1). Le progrès a consisté à fondre en un seul tout deux actes précédemment distincts. Il est toujours resté un vestige de l'état antérieur dans la dénomination donnée à l'acte : l'expression *emtio venditio* montre bien, dit-on, que la vente se composait, aux yeux des Romains, de deux actes juxtaposés.

Ces raisons ne paraissent pas décisives. Si l'on veut se convaincre que les Romains ont eu, dès l'origine, conscience de l'unité de la vente, il suffit de considérer la teneur de la déclaration faite par l'acquéreur par mancipation (2) : l'acquisition de la chose et le payement du prix sont présentés comme indissolublement liés l'un à l'autre. Si, dans la mancipation, les Romains ont envisagé l'acte du vendeur et celui de l'acheteur comme formant un seul tout, il faut en conclure que l'usage des stipulations en matière de vente a une signification toute différente de celle qu'on a indiquée (3). La stipulation était usitée ici pour

(1) Ihering, III, 232; IV, 5, 180. Bekker, *Aktionen*, I, 156; Girard, *Garantie*, 45.

(2) Hunc ego hominem ex jure Quiritium esse meum aio, isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra. Gaius, I, 119.

(3) Constatons tout d'abord qu'il n'y a aucun exemple certain d'une vente sous la forme d'une double stipulation (Bechmann, I, 460), ce qui serait bien singulier si telle eût été la forme normale de la vente dans l'ancien droit. On rencontre sans doute de

confirmer des clauses qui sont étrangères à la nature de la vente, plus fréquemment pour donner à l'obligation de l'acheteur ou à certaines obligations du vendeur une précision destinée à les soustraire à l'appréciation de l'arbitre. La stipulation servait non pas à rendre juridiquement obligatoire l'accord des volontés, mais à assurer la réalisation de la vente.

La vente consensuelle peut donc être considérée comme un acte essentiellement différent de la stipulation. Aussi, abandonnant cette idée, a-t-on essayé de rattacher la vente aux contrats réels. Entre l'époque où la vente se confondait avec son exécution et celle où elle est devenue un contrat consensuel, on a imaginé une période intermédiaire où pour la première fois la vente apparaîtrait comme un acte productif d'obligation. Dans cette période, toutes les fois que le vendeur avait livré la chose sans recevoir le prix, il avait une action pour forcer l'acheteur à payer. On aurait donc sanctionné la vente pour une raison analogue à celle qui fit munir d'action les contrats réels et les contrats innomés : on estima qu'il était nécessaire d'assurer l'observation de la foi promise dans tous les cas où une prestation avait été fournie par l'une des parties en vue d'obtenir une contre-prestation. Avant de devenir un contrat consensuel, la vente aurait été un contrat réel (1).

Mais le principe qu'on invoque s'est fait jour bien lentement; il a été appliqué aux contrats innomés au cours des deuxième et troisième siècles de notre ère. Sur les quatre contrats réels, il y en a trois, le dépôt, le commodat et le gage, qui ont été sanctionnés par le droit civil à une époque assez tardive, vraisemblablement lors de la rédaction de l'Édit perpétuel; or il n'est pas contestable que la vente fut sanctionnée bien aupara-

nombreuses applications de la stipulation en cas de vente, mais elles ont toutes une portée restreinte, elles se rapportent non pas à l'ensemble de l'acte, mais à telle ou telle clause en particulier : le payement du prix, la garantie contre l'éviction ou contre les vices de la chose. Cela n'est guère plus contesté pour Plaute (cf. Demelius, Z. f. R. G., II, 200); mais Bekker, Z. f. R. G., III, 416, maintient son opinion en invoquant des fragments de Caton et de Varron. On trouve bien dans Varron une stipulation du prix destinée à tenir lieu du payement, et des exemples de stipulations de garantie contre l'éviction et contre les vices cachés de la chose; mais il n'y a pas trace d'une stipulation ayant pour objet la livraison de la chose. Quant aux formulaires de Caton, ce ne sont pas des formulaires de stipulations, mais un recueil de clauses usitées dans la vente et dans le louage. Nulle part il n'est dit que l'ensemble des clauses fût confirmé par une stipulation : pour le plus grand nombre de celles qu'on y rapporte, il n'est question que du simple pacte. La stipulation est mentionnée pour le prix dans le cas où le vendeur fait crédit à l'acheteur (Cat., R. r., 146), ou pour permettre l'accession d'un *fidepromissor* qui ne pouvait garantir qu'une obligation verbale (Gaius, III, 119), ou bien pour opérer une délégation (Cat., R. r., 149) servant de satisfaction pour le vendeur.

(1) Pernice, *Labeo*, I, 457; Z. Sav. St., 1888, p. 223.

vant. A cette époque il n'y avait qu'un seul contrat réel, le prêt (*mutuum*). Pour que l'analogie qu'on prétend exister entre la vente et les contrats réels soit fondée, il faudrait établir qu'elle existe entre la vente et le prêt. Mais la sanction donnée au prêt procède d'une pensée bien différente de celle qui conduisit plus tard à sanctionner les trois autres contrats réels et les contrats innomés. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que le prêt est protégé par une action de droit strict, tandis que tous les autres contrats réels sont protégés par des actions de bonne foi. Le prêt, de même que la stipulation employée pour confirmer un acte fiduciaire, fut sanctionné dans l'origine par la loi Silia, puis par la loi Calpurnia, en tant qu'il avait pour objet un *creditum* consistant soit en une somme d'argent déterminée, soit en une chose certaine; or le *creditum* suppose qu'une chose est remise à charge de restitution, soit en nature s'il s'agit d'un corps certain, soit, dans le cas contraire, d'une quantité rigoureusement égale à celle qu'on a reçue. Rien de pareil dans la vente : qu'elle ait pour objet un corps certain ou une quantité, elle n'a jamais lieu à charge de restitution. L'acheteur doit non pas la chose même, ni une quantité de même nature, mais un équivalent en argent. De plus, la pensée de réaliser un bénéfice, laquelle est contraire à l'essence du *mutuum*, est la règle générale pour la vente : chacune des parties cherche à faire une bonne affaire (1).

II. — Si la vente consensuelle ne dérive ni de la stipulation ni des contrats réels, quelle en est donc l'origine? Elle a pour fondement la confiance réciproque des parties contractantes. Sous l'influence de la coutume, le droit civil a directement sanctionné l'accord des volontés des parties, indépendamment de toute solennité. Cette coutume paraît s'être introduite par une exten-

(1) On a cherché à affaiblir la portée de cette objection en soutenant que la distinction des contrats réels et consensuels n'est pas antérieure à l'époque des grands juriconsultes. Gaius lui-même n'établit pas de contraste entre les contrats réels et consensuels. Pour les jurisconsultes du premier siècle, ce qui caractérise les contrats consensuels, ce n'est pas ce fait que le simple accord des volontés suffit à les former, mais cette circonstance que l'un des contractants est obligé par suite de la prestation qui lui a été promise ou livrée. Lab. in Ulp., 11 ad Ed., D., L, 16, 19; Arist. in Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 2; Gaius, 3 ad Ed. prov., D., III, 5, 2; Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 1, 3, 1. Au troisième siècle, Paul, qui distingue nettement le contrat réel du contrat consensuel (32 ad Sab., D., XIX, 4, 1, 2), caractérise ce dernier en disant qu'il se forme sans paroles solennelles, sans écriture (16 ad Plaut., D., XLIV, 7, 48; 12 ad Sab., D., XLV, 1, 35, 2), ce qui est également vrai des contrats réels. Cette observation ne prouve qu'une chose : que la classification des contrats, leur groupement d'après leurs caractères spécifiques, est l'œuvre des jurisconsultes classiques. Il ne s'ensuit point que la vente ait été, pendant plusieurs siècles, traitée comme un contrat réel, alors surtout qu'elle a reçu une sanction entièrement différente.

sion au droit privé d'un usage admis en droit public (1). Dans les contrats conclus avec des particuliers par les censeurs ou par les questeurs, le cahier des charges rédigé par le magistrat était la loi des parties : l'État vendeur, de même que le citoyen adjudicataire, étaient tenus de s'y conformer. Il en fut de même en droit privé : on ne jugea pas utile de subordonner l'efficacité des clauses de la vente à leur confirmation par une stipulation; on ne voulut pas se montrer plus exigeant que le droit public, en imposant l'emploi d'une solennité que l'État ne jugeait pas nécessaire pour sauvegarder ses intérêts.

La difficulté était de donner une sanction à un acte pour lequel il n'existait pas d'action de la loi. Ici encore on ne peut méconnaître l'influence du droit public sur le droit privé. En cas de contestation au sujet d'un marché conclu avec l'État, l'adjudicataire ne pouvait suivre la procédure usitée pour les différends entre citoyens et intenter contre l'État une action proprement dite; il devait adresser sa réclamation au magistrat compétent, qui jugeait lui-même dans les cas les plus importants (2).

Le magistrat devait être aussi consciencieux qu'un juge ordinaire, et comme il jouissait d'une latitude d'appréciation que n'avait pas un simple juge, il avait toute facilité pour sauvegarder les intérêts de l'Etat, tout en usant d'une certaine indulgence envers ses débiteurs (3). Varron fait très bien ressortir la différence qui existe entre sa situation et celle du préteur (4). Le censeur n'était pas chargé, comme le préteur, d'assurer l'exécution de la loi civile, qui n'avait pas d'application aux affaires administratives : à défaut de loi, il statuait d'après l'équité.

De même, en droit privé, on ne pouvait pas apprécier d'après les Douze Tables un acte qui, au temps des décemvirs, n'avait pas une existence distincte. En l'absence de toute règle posée par la loi écrite, on ne pouvait soumettre à des juges les difficultés soulevées par l'exécution des clauses de la vente, car les juges devaient toujours statuer d'après la loi (*ex lege*); on prit l'habitude de renvoyer l'affaire à la décision d'un arbitre chargé de prononcer, comme le censeur, d'après l'équité (*ad æquum*), mais sa décision n'était pas juridiquement obligatoire. L'arbitre

(1) Mommsen, Z. f. Sav. St., 1885, p. 260.

(2) N'était-il pas dangereux de s'en remettre à un magistrat qui était à la fois juge et partie dans sa propre cause, en tant que représentant de l'État? Ce danger était conjuré par l'intérêt de l'État à se montrer équitable vis-à-vis de ceux qui traitaient avec lui. L'arbitraire des magistrats eût été la ruine du crédit de l'État.

(3) Bechmann, I, 449.

(4) Varr., L. l., VI, 71 : Quod tum et prætorium jus ad legem et censorium judicium ad æquum existimabatur.

avait pour mission, non pas de dire le droit, mais de faire observer les usages reçus entre gens de bien. C'était l'arbitrage d'un homme de bien qui est déjà mentionné par Caton et qu'on retrouve à l'époque classique (1).

L'arbitre jouissait, dans l'origine, d'un pouvoir discrétionnaire (2). C'est pour limiter ce pouvoir que les légistes rédigèrent des formulaires d'actes où l'on entrait dans les détails les plus minutieux pour laisser le moins de place possible à l'appréciation de l'arbitre. Souvent même on confirmait certaines clauses par une stipulation pour avoir le droit, en cas de difficulté, de réclamer la nomination d'un juge et d'obtenir une condamnation. Il se forma ainsi des clauses de style qui, plus tard, furent considérées comme étant de la nature de l'acte.

L'usage de l'arbitrage en matière de vente, dès le milieu du sixième siècle, est attesté par divers textes : Celsus rapporte une décision en ce sens de S. Ælius (3); Cicéron cite une décision arbitrale rendue au profit d'un vendeur par Caton l'Ancien (4).

§ 3. — *Les devoirs de l'acheteur et du vendeur.*

Les jurisconsultes classiques ont défini jusque dans le détail les obligations qui incombent au vendeur et à l'acheteur. Nous ne pouvons indiquer ici que les points essentiels, qui certainement remontent à notre période.

I. — L'acheteur doit payer le prix convenu. Ce prix, depuis l'introduction de la monnaie, consiste essentiellement en une somme d'argent.

Si l'acheteur ne paye pas, ou ne donne pas au vendeur une satisfaction équivalente, le vendeur peut, s'il s'agit d'une *res nec mancipi,* réclamer sa chose par l'action *ad exhibendum,* et, depuis que la notion de propriété a été étendue aux *res nec mancipi,* par l'action en revendication. Pour les *res mancipi,* le vendeur qui

(1) Cat., R. r., 144 : *Boni viri arbitratu.* Proc., 5 Epist., D., XVII, 2, 76.

(2) Sen., De benef., III, 7.

(3) Cels., 8 Dig., D., XIX, 1, 38, 1 : Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Ælius, Drusus dixerunt. Voy. *supra,* p. 474.

(4) Cic., De off., III, 15; Bechmann, *Der Kauf,* I, 469, pense que la vente a été de très bonne heure sanctionnée par la *leg. a. sacramento;* mais il reconnaît qu'on ne peut citer aucun texte à l'appui de cette manière de voir. Cf. I, 504, 436. Burckhardt, *op. cit.*, 55; H. Krueger, Z. Sav. St., 1890, p. 193. Demelius, *loc. cit.*, et Costa, *Plauto,* 373, pensent que l'action *empti* existait déjà au temps de Plaute. Il y a là une confusion qui vient de ce que les règles de l'*arbitrium* admises au temps de Plaute ont été conservées dans l'action de bonne foi.

aurait simplement livré la chose peut la revendiquer tant que le délai de l'usucapion n'est point écoulé (1).

II. — Le devoir qui incombe au vendeur consiste à mettre l'acheteur en état d'avoir la chose (*rem præstare, habere licere*), et ce devoir doit être rempli suivant l'usage des honnêtes gens (*recte*). En conséquence, le vendeur doit livrer ou manciper la chose, suivant qu'elle est *nec mancipi* ou *mancipi* (2). Il n'est pas besoin pour cela d'une convention spéciale; mais si l'on veut rendre ce devoir juridiquement obligatoire, il faut en stipuler l'accomplissement (3). Il appartient d'ailleurs à l'arbitre de décider si l'acheteur a le droit de se plaindre, lorsqu'il apprend que le vendeur n'était pas propriétaire et n'a pu, par conséquent, lui transférer la propriété (4).

Indépendamment de ce devoir général, le vendeur peut être tenu de devoirs accessoires en vertu de ses déclarations (*dicta*).

Les dires du vendeur ont une importance toute particulière : la loi des Douze Tables a pensé qu'ils exerçaient une influence décisive sur la conclusion de la vente, et que le tort résultant pour l'acheteur d'une fausse déclaration méritait d'être réprimé. Les décemvirs prononcent la peine du double contre le vendeur qui ne se conforme pas à sa déclaration (5) : il est puni comme un voleur. On fit de bonne heure une application de cette règle à la vente des fonds de terre : le défaut de contenance entraîne la peine du double (6). Il en était sans doute de même lorsque le vendeur avait déclaré à tort que le fonds était exempt de servitudes (*uti optimus maximus*) (7).

Il ne faut pas confondre avec les dires du vendeur l'acte conte-

(1) D'après Inst., II, 1, 41, la revendication n'appartient au vendeur non payé que dans la vente au comptant, mais la distinction à ce point de vue entre la vente au comptant et la vente à terme ne paraît pas remonter à l'ancien droit. Voy. *supra*, p. 269, n. 1.

(2) Paul, I, 13 a, 4. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 2.

(3) Ulp., 49 ad Ed., D., XLV, 1, 38 pr. Bechmann, I, 549; Leist, *Mancipation*, 190; F. Girard, 105; Costa, *Plauto*, 361.

(4) Le droit postérieur refuse tout recours à l'acheteur tant qu'il n'est ni évincé ni troublé, pourvu que le vendeur ait été de bonne foi. Sev. et Ant., C. J., VIII, 44, 3.

(5) Cic., De off., III, 16 : Cum ex XII Tabulis satis esset ea præstari quæ essent lingua nuncupata : quæ qui infitiatus esset dupli pœnam subiret.

(6) Voy. sur l'action *de modo agri*, Paul, I, 19, 1; II, 17, 4. Cf. Lenel, *E. P.*, 153.

(7) Q. Muc., Sab. ap. Venul., 16 stip., D., XXI, 2, 75. Les dires du vendeur consistent en une déclaration non solennelle : ils sont usités même dans les ventes de choses *nec mancipi* (Plaut., Pœn., IV, 2, 74); ils servent parfois à exclure la mancipation (Plaut., Pers., IV, 4, 40). Bechmann, I, 252, n. 1, rapproche les *dicta* du vendeur de la *dotis dictio*, qui, d'après lui, serait également un acte sans forme : il rétracte ici l'opinion rapportée *supra*, p. 234, n. 1.

nant l'ensemble des clauses de la vente et qui régit les rapports de l'acheteur et du vendeur : c'est la *lex venditionis* (1).

L'usage de rédiger un cahier des charges ou des clauses de la vente fut emprunté au droit public (2). Il avait l'avantage de supprimer toute incertitude sur les conditions de l'accord entre les parties, mais il ne communiquait pas à l'acte la valeur juridique qui faisait défaut à la vente (3).

§ 4. — *Les stipulations de garantie.*

La vente met souvent en jeu des intérêts considérables ; il était difficile, dans bien des cas, de s'en remettre purement et simplement à la loyauté de celui avec qui l'on traitait. De là l'usage très répandu de confirmer par une stipulation les clauses de l'acte les plus importantes (4). Parmi ces clauses figurait en première ligne celle qui avait pour objet de garantir à l'acheteur la possession de la chose.

Tant que la mancipation fut le mode habituel d'acquérir les *res mancipi,* on put se dispenser de la faire suivre d'une stipulation de garantie. Cité en justice pour défendre à une action en revendication exercée par un tiers, l'acquéreur avait le droit d'inviter le mancipant à l'assister dans le procès. Si le vendeur refusait son assistance, ou si, malgré son assistance, le procès était perdu, l'acheteur avait contre lui une action au double (5).

Pour les *res nec mancipi*, la situation était différente : lorsqu'elles n'étaient pas encore susceptibles de la propriété quiritaire, l'acheteur était exposé à se les voir enlever, quand on lui avait vendu un objet volé (*furtum conceptum*). Pouvait-il exercer

(1) On l'appelle aussi *lex mancipii, prædiorum* ou *ædium,* en le caractérisant tantôt par l'acte juridique qui détermine l'acquisition de la propriété quand la chose est *mancipi*, tantôt par son objet, fonds de terre ou maison. Le mot *lex* sert aussi à désigner une clause spéciale de la vente, mais non les points essentiels de l'accord, tels que le prix ou l'objet. BECHMANN, I, 275.

(2) Cf. HEYROVSKY *Ueber die Rechtliche Grundlage der* leges contractus *bei Rechtsgeschäften zwischen dem röm. Staat und Privaten*, 1881.

(3) On a prétendu que la *lex venditionis* est obligatoire par cela seul qu'elle se rattache à une mancipation. VOIGT, II, 148. C'est une conséquence de l'opinion que nous avons écartée (*supra,* p. 263, n. 6), d'après laquelle la loi des Douze Tables aurait sanctionné toutes les clauses jointes à une mancipation. Cf. BECHMANN, I, 264 et 273.

(4) Parfois on se contentait d'un serment. Voy. le diptyque de Pompéi (*supra,* p. 254, n. 2) : « Juravit... mancipia... sua esse. » PLAUT., Pœn., IV, 2, 74. Un moyen pour le vendeur d'assurer l'exécution de la vente était d'exiger de l'acheteur des arrhes. Il lui faisait payer d'avance un acompte. PLAUT., Rud., 45-48. On ignore à quelle époque l'usage des arrhes s'est introduit à Rome. Cf. BECHMANN, I, 524 ; SCHULIN, *Lehrb.,* 373.

(5) Voy. *supra,* p. 264.

contre son vendeur l'action au triple (*furti oblati*), donnée par les Douze Tables à celui chez qui un objet volé a été saisi, contre celui qui le lui a remis? Pouvait-il l'exercer même s'il avait évité la peine encourue par les receleurs, en déclarant à première réquisition qu'il était détenteur de l'objet? S'il en était ainsi, ce que les textes ne permettent pas d'affirmer, l'acheteur trouvait dans l'action au triple une compensation suffisante pour le préjudice causé.

Lorsque la notion de propriété eut été étendue aux *res nec mancipi,* l'acheteur put se voir enlever la chose non plus seulement en cas de vol, mais aussi lorsqu'il avait traité avec un non-propriétaire. L'usage s'introduisit de joindre à la vente une stipulation destinée à garantir à l'acheteur la possession de la chose. On en fit autant pour la vente des *res mancipi,* lorsqu'on la réalisait par simple tradition (1).

Les stipulations de garantie se présentent sous trois formes : stipulation du double; stipulation *habere recte licere;* satisdation ou promesse *secundum mancipium.*

De ces trois sortes de stipulations, la première seule est bien connue ; elle a gardé toute sa valeur en droit classique ; les jurisconsultes ont défini les conditions sous lesquelles elle peut être exercée. Il nous suffira en ce moment de dire qu'ils exigent une éviction, c'est-à-dire une défaite judiciaire (2); il faut ensuite que cette défaite ait eu pour conséquence de dépouiller l'acheteur de la possession. A cette double condition, le vendeur est tenu de payer à l'acheteur le double du prix de vente. La stipulation du double était usitée au temps de Varron, dans la vente des *res mancipi*, des esclaves aliénés sans mancipation (3).

On est moins bien fixé sur la stipulation *habere recte licere.* On sait par Varron qu'elle s'appliquait à la vente des *res nec mancipi,* et qu'au temps où il vivait elle était depuis longtemps usitée (4). Que pouvait réclamer l'acheteur? Nous inclinons à croire que cette stipulation lui conférait le droit de demander en justice l'indemnité fixée par l'arbitre. Cette conjecture s'appuie sur le mot

(1) En Grèce, l'obligation de garantie est distincte de l'obligation du vendeur. Ce sont des tiers qui interviennent et jouent un rôle analogue à celui des cautions : ces tiers sont tantôt des parents du vendeur, tantôt des citoyens riches, qui, pour arriver plus facilement aux honneurs, cherchent à gagner la reconnaissance de ceux à qui ils rendent service. Voy. Dareste, *Inscr. jurid. grecques*, 97, et pour le droit égyptien, Revillout, 277.

(2) J.-E. Labbé, *De la garantie ou des recours pour éviction,* 1865, p. 2.

(3) Varr., R. r., II, 3, 5; 4, 5; 9, 7, 10, 5. Cf. F. Girard, 53.

(4) Il cite (R. r., II, 2, 5) une vieille formule empruntée sans doute aux formulaires de Manilius.

recte, qui veut dire « d'après l'arbitrage d'un homme de bien (1) ». La stipulation *habere recte licere* est pour l'acheteur ce que la stipulation *rei uxoriæ* est pour la femme répudiée : l'une et l'autre confèrent une action en justice ; l'une et l'autre ont pour objet la somme fixée par l'arbitre. Ce sont donc des stipulations certaines : le juge, à cette époque, n'a pas mission d'évaluer le préjudice causé ; il n'a qu'à vérifier si la stipulation a été régulièrement faite et si la demande n'excède pas le chiffre de l'estimation de l'arbitre. Si les textes n'indiquent pas les conditions requises pour l'exercice de cette stipulation, c'est qu'elles dépendaient de l'appréciation de l'arbitre.

La stipulation *rem habere licere* perdit en grande partie sa raison d'être lorsque la vente devint un contrat sanctionné par une action de bonne foi ; on accorda peu à peu au juge de l'action *empti* les pouvoirs qui appartenaient précédemment à l'arbitre (2).

Quant à la satisdation *secundum mancipium*, les textes ne fournissent pas d'indication suffisante pour en déterminer la portée (3). La dénomination qu'elle porte donne à penser qu'elle consistait en une promesse, garantie ou non par des cautions. Peut-être offrait-elle sur la stipulation du double l'avantage de donner un recours en l'absence d'un préjudice, par cela seul que le vendeur n'avait pas assisté en justice l'acheteur.

§ 5. — *L'édit des édiles.*

Les ventes conclues dans les marchés étaient soumises dans certains cas à une réglementation spéciale. En général, c'est à l'acheteur de se rendre compte de ce qu'il achète : s'il se trompe sur les qualités de la marchandise vendue, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. Mais il y a certaines catégories de marchandises dont il n'est pas facile, dans un examen toujours un peu superficiel, d'apprécier les défauts : les bêtes de trait, les esclaves, peuvent être atteints de maladie, avoir des vices cachés qu'on ne découvre qu'à l'usage, au bout d'un certain temps. Il y en a même que l'examen le plus minutieux ne saurait révéler : si

(1) Ulp., 80 ad Ed., D., L, 16, 73. Cf. Voigt, *J. N.*, IV, 411 ; Bechmann, I, 639.

(2) Dans la période intermédiaire, le juge de l'action *ex stipulatu* fut chargé d'évaluer le préjudice causé : la stipulation était ici incertaine.

(3) Elle est mentionnée dans Cic., Ad Att., V, 1 ; *C. I. L.*, II, 5042. On a conjecturé qu'elle tenait lieu de l'action *auctoritatis*, en l'absence de la mancipation (Bechmann, I, 369 ; F. Girard, 56). Mais Lenel, *E. P.*, 428, a fait remarquer que cette conjecture manquait de vraisemblance ; la dénomination de cette satisdation indique qu'elle se rattache à une mancipation réellement effectuée. Cf. Voigt, II, 144.

l'esclave a été volé, s'il a commis un délit sans que la victime ait reçu une réparation.

Dans tous ces cas, l'acheteur court de grands risques, il ne recevra pas l'équivalent de ce qu'il donne ; à bien des égards, il est dans un état d'infériorité marquée par rapport au vendeur, surtout lorsque celui-ci fait profession de vendre ces sortes de marchandises. Les marchands d'esclaves (*mangones, venalicii*) avaient fort mauvaise réputation ; c'étaient des gens d'une moralité douteuse, habiles à dissimuler les défauts de ce qu'ils mettaient en vente. Sans doute on pouvait profiter de la concurrence qu'ils se faisaient sur le marché ; mais lorsque la demande était supérieure à l'offre, ou lorsque les marchands se concertaient entre eux, l'acheteur qui avait besoin d'esclaves devait les prendre les yeux fermés. Il y avait là des inconvénients graves au point de vue de l'intérêt général et du bon ordre dans la cité.

I. — Les édiles curules chargés de la police des marchés prirent des mesures pour protéger les acheteurs. 1° Le vendeur est tenu de faire connaître, par un écriteau (*titulus*) suspendu au cou de l'esclave, sa nationalité, les maladies et défauts qu'il peut avoir, si c'est un esclave fugitif, vagabond, ou s'il a commis un délit dont il n'a pas été fait réparation, s'il est présenté pour la première fois sur le marché (1). 2° Il est tenu, lors de la vente, de renouveler verbalement ces énonciations. 3° Il doit promettre sur stipulation de garantir l'acheteur contre les vices et contre l'éviction.

Tout contrevenant est passible d'une peine ; mais cette peine n'est pas prononcée directement par les édiles. Le soin de poursuivre la répression du délit est confié à l'acheteur ; c'est là un trait propre à l'ancien droit. Ce qui n'est pas moins caractéristique, c'est que le montant de la peine pécuniaire infligée au vendeur est attribué tout entier à l'acheteur, bien qu'il se compose en réalité de deux parts distinctes : l'une représentant le prix qu'il a payé avec les accessoires, l'autre une somme équivalente qui constitue la pénalité. L'acheteur se trouve ainsi réaliser un bénéfice. Il y a là une situation analogue à celle qui donne lieu aux actions populaires, à cette différence près que l'acheteur seul, et non un citoyen quelconque, a qualité pour agir (2).

(1) Gell., IV, 2. Marquardt, VII, 172. D'ordinaire l'écriteau indiquait simplement son âge et sa profession. Suet., De gr., 4 ; Plin., Ep., V, 19.

(2) Les édiles, pas plus que le préteur, n'ayant pas le pouvoir d'imposer directement au vendeur la garantie des vices rédhibitoires et de l'éviction, ils ont dû employer un moyen détourné : ils invitent le vendeur à s'engager sur stipulation envers l'acheteur. Mais la sanction ne consiste plus, comme pour les stipulations prétoriennes, dans la menace d'un décret d'envoi en possession des biens du vendeur ; les édiles ne

D'après l'édit des édiles, tel qu'il est rapporté au Digeste, l'acheteur est autorisé à demander la résiliation de la vente dans six cas : 1° Si dans le délai de six mois l'esclave est reconnu atteint d'un vice non déclaré. 2° Si le vendeur ne déclare pas la nationalité de l'esclave. 3° S'il vend comme novice un esclave dont on a dû se défaire plusieurs fois. 4° Si, dans le délai de deux mois, le vendeur refuse de promettre sur stipulation de garantir l'acheteur contre les vices qui pourraient se manifester, et contre l'éviction. 5° Si l'esclave ne convient pas à l'acheteur dans un délai préfix ordinairement de soixante jours. 6° Si le vendeur ne tient pas les déclarations et promesses faites relativement aux vices et aux qualités de la chose (1).

Dans tous ces cas l'acheteur fait valoir son droit en exerçant l'action rédhibitoire : le vendeur qui se laisse poursuivre encourt une condamnation au double du prix et des accessoires. De son côté, l'acheteur doit rendre l'esclave tel qu'il l'a reçu ; il est responsable de la dépréciation résultant de son fait.

Indépendamment de l'action rédhibitoire, l'acheteur qui avait laissé écouler le délai de six mois sans demander la résiliation pouvait encore, pendant les six mois subséquents, exercer une action en diminution du prix (*quanti minoris*) si l'esclave était reconnu atteint d'un vice non déclaré. Pareillement, si l'acheteur laissait écouler le délai de deux mois pendant lequel il pouvait exiger une promesse de garantie, il pouvait encore pendant quatre mois agir *quanti ea res erit* (2).

II. — Le système de répression organisé par l'édit ne manque pas d'originalité : célérité dans la procédure, simplicité dans les effets, voilà deux avantages qui conviennent bien aux besoins du commerce et qui caractérisent encore aujourd'hui la procédure de nos tribunaux consulaires. Ils ne suffisent pas cependant pour justifier les règles nouvelles posées par les édiles en matière de vente.

Le but de l'édit, d'après Ulpien, était d'obvier aux tromperies

sont pas compétents pour rendre ces décrets, ils n'ont pas l'*imperium*, mais seulement la *jurisdictio* ; aussi se contentent-ils d'autoriser l'acheteur à exercer l'action rédhibitoire en cas de refus de garantie.

(1) Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 19, 6 ; 31, 21 ; 37 ; 31, 23 ; 17, 20 ; 19 pr., -4 ; 25, 10. Gaius, 1 ad Ed. æd., eod., 28 ; 18 ; 45. Voy. Lenel, *E. P.*, 435.

(2) Ulp., 31, 16 ; Gaius, 28. Si l'acheteur, qui n'est plus en état de restituer l'esclave, par exemple, parce qu'il l'a revendu, subit un préjudice par suite de la découverte de vices qu'il n'a pas déclarés parce qu'on ne les lui avait pas fait connaître à lui-même, il aura le droit de se retourner contre son vendeur et de demander une indemnité. L'acheteur se trouvait ainsi couvert en cas de revente, soit par l'action rédhibitoire, soit par l'action *quanti ea res erit*, pendant le délai jugé suffisant pour la découverte des vices rédhibitoires. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 1882, II, 727. *Contra*, Bechmann, II, 406.

des vendeurs. Est-ce que le droit commun ne fournissait pas le moyen de les réprimer ? Non, l'acheteur était désarmé : les Douze Tables rendaient le vendeur responsable de ses déclarations, et le condamnaient au double s'il niait ce qu'il avait affirmé ; ses réticences étaient impunies. Cette conséquence, en parfaite harmonie avec l'état du droit ancien, qui s'attache uniquement aux faits extérieurs, aux paroles, et qui ne permet pas de scruter la pensée des parties, était particulièrement dangereuse dans les ventes d'esclaves. Il y avait une lacune dans la loi : les édiles comprirent qu'il était d'intérêt public de la combler ; ils le firent par les moyens qu'il était en leur pouvoir de créer, par des règlements de police.

Le caractère que nous assignons aux dispositions de l'édit des édiles ne ressort pas, il est vrai, avec netteté des fragments qui nous en ont été conservés, non plus que des passages des commentaires de l'édit qui sont parvenus jusqu'à nous : on y trouve un mélange d'idées contradictoires (1). Cette anomalie provient de la transformation subie par l'action rédhibitoire : les édiles lui avaient donné le caractère d'une action pénale ; la jurisprudence en généralisa l'application et en fit une action contractuelle.

Que l'action rédhibitoire ait été primitivement une action pénale, cela ressort avec évidence, non seulement de ce qu'elle est donnée pour réprimer un délit (2), mais aussi d'un certain nombre de conséquences qui ont été conservées à l'époque classique et qui sont incompatibles avec le caractère contractuel de notre action. L'action rédhibitoire peut être exercée même après la mort de l'esclave (3), même si l'acheteur d'un esclave atteint d'une maladie a été évincé et n'a plus dès lors intérêt à ce que l'esclave soit sain de corps. La rigueur avec laquelle s'applique l'édit n'est pas moins significative : le vendeur ne peut échapper à la responsabilité qui lui incombe en offrant de prouver qu'il a ignoré les défauts de l'esclave ; on lui impute à faute de ne pas les avoir connus. Un fait matériel, la manifestation de vices cachés, suffit pour constituer la contravention (4). Enfin, l'action

(1) Ulp., 1 ad ed. ædil., D., XXI, 1, 23, 4 : Quamvis pœnales videantur actiones tamen... ex contractu veniunt. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 248 ; Wlassak, *Neg. gest.*, 175 ; F. Girard, 117 ; Eck, *Festgabe für Beseler*, 1885, p. 200.

(2) Afric., 8 quæst., D., eod., 51 pr.

(3) Ulp., eod., 31, 6, 11, 12 ; 2 ad ed. ædil., eod., 38, 3 ; Paul, 11 ad Sab., eod., 47, 1. C'est à tort que Voigt, *J. N.*, III, 855, voit là une extension due à la jurisprudence. Cf. Wlassak, 176.

(4) Ulp., eod., 1, 2. Bechmann, I, 413. Pernice, I, 456, voyait d'abord dans cette règle la preuve que l'action rédhibitoire n'avait pas un caractère pénal; il s'est ensuite

rédhibitoire se donne au double comme l'action de vol non manifeste (1).

Comment donc s'est modifié le caractère primitif de l'action rédhibitoire ? C'est la conséquence de l'extension donnée aux dispositions de l'Édit. On les a appliquées aux ventes faites en dehors des marchés et quel qu'en fût l'objet : elles ne pouvaient plus ici se justifier de la même manière; il ne s'agissait plus de mesures de police prises dans un intérêt général, mais d'intérêts d'ordre purement privé. La responsabilité des vices cachés de la chose devint une question de bonne ou de mauvaise foi (2).

C'est ainsi que l'action rédhibitoire, après avoir été la sanction d'un délit, devint la sanction d'une obligation contractuelle : tout vendeur, et non plus seulement le vendeur d'esclaves et de bêtes de trait, fut responsable des vices cachés de la chose lorsque, les connaissant, il s'était abstenu de les déclarer. L'action rédhibitoire fut dès lors transmissible activement et passivement; elle put être exercée contre les héritiers du vendeur, contrairement à la règle suivie pour les actions pénales (3). Elle se donna pour le tout contre les cautions (4), contre le maître, *de peculio* (5).

L'action rédhibitoire a des effets bien différents suivant les cas : en principe, elle entraîne la résiliation de la vente ; chacune des parties restitue ce qu'elle a reçu avec les *accessiones*. Mais il peut se faire que l'acheteur n'ait rien à restituer, s'il a dû faire abandon noxal de l'esclave, ou si cet esclave est mort ; il en serait autrement s'il avait été affranchi (6), et vraisemblablement s'il avait été aliéné. D'autre part, il ne faut pas confondre l'action rédhibitoire proprement dite avec l'action *in factum* donnée à l'acheteur qui a spontanément restitué la chose : celle-ci tend seulement à la restitution du prix. Le vendeur qui consent à reprendre l'esclave reconnaît par là même l'existence d'un vice rédhibitoire; le juge n'aura pas d'enquête à faire à cet égard, et l'action ne pourra être repoussée par une exception fondée sur l'expiration du délai de six mois (7).

rétracté, II, 248. Brinz, II, 719, considère cette règle comme malaisée à expliquer. Il ne croit pas qu'elle ait passé de l'Édit dans le droit commun, mais plutôt qu'ils ont puisé l'un et l'autre à une source commune : les formulaires de stipulation.

(1) Gaius, 1 ad ed. ædil., D., eod., 45.

(2) Cic., De off., III, 16 : a jurisconsultis, etiam reticentiæ pœna est constituta. Quidquid enim esset in prædio vitii, id statuerunt « si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, præstari oportere ».

(3) Ulp., 1 ad ed. æd., eod., 23, 5; Pomp., 23 ad Sab., eod., 48, 5.

(4) Paul, 1 quæst., eod., 56.

(5) Ulp., eod., 23, 4, 6. Afric., 8 quæst., eod., 51 pr.; Paul, 5 quæst., eod., 57 pr.

(6) Paul, 11 ad Sab., eod., 47 pr.

(7) Ulp., eod., 31, 17.

L'action rédhibitoire n'est pas la seule action édilitienne ; il y a aussi l'action *quanti minoris :* celle-ci n'a pas pour effet de faire résilier la vente, mais d'obtenir une diminution du prix. Comme l'action rédhibitoire, elle est motivée par la présence d'un vice caché de la chose ; comme elle, elle a un caractère pénal : la peine consiste à enlever au vendeur le droit de réclamer la totalité du prix convenu. L'action *quanti minoris* ou *æstimatoria* peut être exercée toutes les fois qu'un nouveau vice est découvert (1). Elle peut parfois conduire à la résiliation de la vente, lorsque la dépréciation de l'esclave est telle qu'elle ne laisserait rien au vendeur et absorberait le prix entier (2).

L'exercice de l'action rédhibitoire n'empêche pas toujours d'agir *quanti minoris;* il en est ainsi lorsqu'on s'est réservé le droit d'agir une seconde fois (3). Réciproquement l'exercice de l'action estimatoire n'empêche pas d'admettre plus tard la résiliation pour un vice ultérieurement découvert (4).

III. — A quelle époque fut promulgué l'édit des édiles ? Il existait certainement au temps de Cicéron (5). Plusieurs indices portent à croire qu'il est de beaucoup antérieur : d'abord, la forme impérative de ses dispositions et l'obligation de faire connaître à haute voix les défauts de l'esclave ; puis la fixation à forfait du montant de la condamnation : le double du prix des accessoires ; l'attribution de cette somme à l'acheteur, lors même qu'il n'a subi aucun préjudice ; la punition du fait matériel de la contravention, sans distinguer si le vendeur a été de bonne ou de mauvaise foi.

Divers passages de Plaute font allusion à la surveillance exercée par les édiles sur les marchés et même aux règlements des édiles (6). Pris isolément, ces textes ne seraient pas probants. Plaute imite souvent les poètes grecs ; il n'est pas toujours facile de dire si les usages qu'il rapporte sont ceux de Rome ou d'Athènes. Rapprochés des faits qui viennent d'être rappelés, ces passages acquièrent une grande importance. Il ne paraît pas douteux que Plaute s'occupe ici de ce qui se passait à Rome, et que les règlements dont il parle soient ceux qui venaient d'être

(1) Toutefois Julien (ap. Ulp., eod., 31, 16) pense que l'acheteur ne doit pas être autorisé à faire un bénéfice et à obtenir deux fois l'estimation de la chose.

(2) La résiliation a lieu ici par l'office du juge. Paul, 1 ad ed. æd., eod., 43, 6. Aussi est-il probable que l'action n'entraînait pas les conséquences ordinaires. Pomp., 23 ad Sab., eod., 48, 2. Cf. Brinz, II, 729.

(3) Gaius, 2 ad ed. æd., eod., 32 ; Pomp., eod., 48, 7.

(4) Ulp., eod., 31, 16.

(5) Cic., De off., III, 17.

(6) Mil. glor., III, 1, 132; Rud., II, 3, 42; Capt., IV, 2, 43; Men., IV, 2, 22.

publiés par les édiles : on sait qu'il empruntait volontiers quelques-uns de ses traits aux plus récentes innovations législatives (1).

Voici un autre fait qui semble bien confirmer l'opinion qui place la promulgation de l'édit des édiles dans la seconde moitié du sixième siècle. Le trafic des esclaves fut à cette époque l'objet des préoccupations du législateur : le chapitre II de la loi Fabia, de 545, édicte une peine très forte contre celui qui persuade à l'esclave d'autrui de s'enfuir, qui le séquestre contre la volonté du maître, qui le vend ou l'achète en connaissance de cause (2).

On ne tarda pas à s'apercevoir qu'elle ne suffisait pas à atteindre le but qu'on s'était proposé : il n'était pas toujours facile de faire la preuve du délit. Pour entraver le commerce des esclaves fugitifs, il fallait punir, mais d'une manière plus modérée, le seul fait de vendre ces esclaves, indépendamment de tout dol du vendeur. C'est ce que firent les édiles dans leur édit, qui, à cet égard, paraît être le complément de la loi Fabia (3).

IV. — En faisant remonter au sixième siècle l'édit des édiles,

(1) On ne conteste pas d'ailleurs que certaines règles de l'Édit ne soient du temps de Plaute, par exemple celles qui obligent à suspendre au cou de l'esclave un écriteau indicateur, à déclarer à haute voix ses défauts. Ce qui est mis en question, c'est l'existence, dès cette époque, de l'action rédhibitoire. Elle a, dit BECHMANN, I, 398, des effets trop complexes et peu compatibles avec la simplicité du droit ancien ; au fond c'est une *in integrum restitutio* qui s'applique à l'acheteur aussi bien qu'au vendeur. Nous ne croyons pas que tel soit le point de vue du droit ancien : dans l'origine l'action rédhibitoire eut pour objet principal une peine dont le quantum était fixé au double du prix. Les édiles s'étaient contentés d'appliquer à la vente sans formes une règle établie par les Douze Tables pour la mancipation : le mancipant était responsable de ses déclarations sous peine du double. Les édiles rendirent obligatoire la déclaration des vices cachés des esclaves vendus dans les marchés : ce qui était jusque-là une simple faculté devint désormais une nécessité. On admit toutefois un tempérament : l'acheteur fut tenu de restituer l'esclave au vendeur pour obtenir contre lui une condamnation. Ce qui prouve bien qu'il n'y avait pas là quelque chose d'essentiel, mais peut-être une atténuation due à la jurisprudence, c'est que l'action rédhibitoire ne produit pas moins son effet lorsque, l'esclave ayant péri ou ayant été réclamé à titre d'abandon noxal, l'acheteur est dans l'impossibilité de restituer. La restitution réciproque du prix et de la chose n'est donc pas le trait distinctif de l'action rédhibitoire, dans l'ancien droit. Ce qui la caractérise, c'est la prononciation d'une peine comprenant pour moitié une valeur équivalente au prix : la condamnation n'a pas d'autre objet. A titre de tempérament, le juge ne prononce la peine du double que si l'acheteur restitue préalablement la chose et tous ses accessoires ; d'autre part, le vendeur peut échapper à la peine du double en restituant, sur l'invitation du juge, le prix et les accessoires et en libérant les cautions ; dans ce cas, il n'est condamné qu'au simple. GAIUS, eod., 45. Il y a ici quelque chose d'analogue à ce qui a lieu dans les actions arbitraires, mais l'ordre du juge s'adresse à la fois au demandeur et au défendeur.

(2) Voy. *supra*, p. 588.

(3) Voy. la définition de l'esclave fugitif d'après Ofilius : « Qui extra domini domum, fugæ causa quo se a domino celaret mansit. » (ULP., eod., 17 pr.)

nous ne prétendons pas qu'il contînt dès cette époque toutes les dispositions qui nous sont parvenues. On est d'accord pour admettre qu'il a été l'objet d'extensions successives; mais il est assez difficile de déterminer avec certitude quelles étaient les règles inscrites dans l'édit originaire et celles qui ont été ajoutées après coup. Voici à titre d'indication quelques faits qui pourront servir à éclaircir la question.

Au temps d'Aulu-Gelle, l'édit contenait deux parties : l'une relative à la vente des esclaves, l'autre à la vente des bêtes de trait. Cette seconde partie existait-elle à l'époque antérieure? Cicéron (1) ne parle que des esclaves. Cependant l'édit donne au mot *jumenta* une acception étroite qui dénote une époque assez ancienne; comme dans les Douze Tables, il désigne des bêtes de trait (*jumenta ornata, paria vendere*), et non, comme on l'admit plus tard, les bêtes de trait et de somme (2).

Puis l'édit sur les *jumenta* est beaucoup plus simple que celui qui concerne les esclaves, et donne peut-être une idée plus juste de la teneur primitive de l'édit. Il ne contient pas cette clause exorbitante qui oblige le vendeur à promettre, dans les deux mois, de garantir l'acheteur contre les vices et contre l'éviction, et qui l'en rend indéfiniment responsable, l'obligation résultant de la stipulation étant perpétuelle. On ne spécifie pas non plus les vices qui peuvent donner lieu à la rédhibition. Ce sont là vraisemblablement des additions suggérées par la pratique dans le cas où la question offrait le plus d'intérêt, c'est-à-dire pour les ventes d'esclaves.

Nous croyons également que l'obligation, imposée par les édiles, de garantir contre les vices et contre l'éviction n'existait pas dans l'édit primitif : elle n'a jamais été appliquée aux ventes d'animaux. Puis l'action rédhibitoire reçoit ici une application forcée; elle est détournée de son but normal : ce n'est plus une simple mesure de police que les édiles ont édictée, c'est une règle destinée surtout à sauvegarder l'intérêt particulier de l'acheteur. L'action rédhibitoire, dans cette nouvelle application, procède d'une idée toute différente de celle qui avait tout d'abord inspiré les édiles (3). Le vendeur devait contracter un double engagement. Il devait : 1° promettre sous caution l'absence de tout vice; 2° promettre le double en cas d'éviction. Ces deux stipulations étaient réunies dans une formule proposée par les édiles. On donnait à l'ensemble le nom de *stipulatio duplæ*, bien que la première fût une

(1) Gell., IV, 2; Cic., De off., III, 17.
(2) Colum., VI, præf.; Gell., XX, 1.
(3) Voy. cep. Bechmann, I, 401, 405.

stipulation *simplæ* (1). Lorsque le marchand d'esclaves voulait décliner toute garantie, il était d'usage d'avertir l'acheteur en coiffant l'esclave du *pileus* (2). D'ailleurs, la stipulation *duplæ* n'était utile que dans les cas où la vente n'avait pas été suivie d'une mancipation, sans quoi l'acheteur aurait eu de plein droit une action au double.

L'extension de l'édit à toute espèce d'animaux (*pecus*) eut lieu au moyen d'une disposition additionnelle (*elogium*). Mais l'extension à la vente d'objets quelconques, même d'immeubles, fut l'œuvre de la jurisprudence, et ne paraît avoir été admise que sous Auguste (3).

Enfin on est d'accord pour considérer la dernière clause comme étant l'innovation la plus récente : c'est celle qui subordonne l'exercice de l'action au dol du vendeur ; elle est en opposition flagrante avec l'idée qui a inspiré les édiles. Aussi n'hésite-t-on pas à y voir une réaction du droit civil (4).

II

LE LOUAGE.

§ 1er. — *Le louage aux premiers siècles de Rome.*

I. — Le louage ne répond pas à un besoin économique aussi général que la vente : aussi n'a-t-il reçu dans l'ancienne Rome qu'une application très restreinte. Il a pour objet soit la concession temporaire de la jouissance d'une chose, soit les services d'une personne, soit la confection d'un ouvrage moyennant un prix déterminé. On le rencontre à l'époque classique sous trois formes : le louage de choses, le louage de services, le louage d'ouvrage.

Le louage de choses, spécialement le louage d'une maison, n'avait pas de raison d'être aux premiers siècles de Rome, alors que tout citoyen avait son domicile en ville sur un terrain concédé par l'État. Il ne pouvait non plus être question de l'affrétement d'un navire : d'après Sénèque, c'est l'un des consuls de

(1) Windscheid, *Lehrb.*, II, § 394 ; Lenel, *E. P.*, 441, 445 ; F. Girard, 108 ; Accarias, II, 299, n. 3. Cet usage est signalé par Varr., R. r., II, 10, 5, et par les triptyques de Transylvanie, *C. I. L.*, III, 941 ; Bruns, 256 ; Girard, 723.

(2) Gell., VII, 4. Cf. Wallon, *Hist. de l'esclavage*, II, 48, 70.

(3) Ulp., *eod.*, 38, 5 ; Lab. ap. Ulp., 1 pr. La responsabilité des dires du vendeur fut-elle établie dès l'origine ? Dernburg, *op. cit.*, 130, et Wlassak, *Neg. gest.*, 174, pensent que le vendeur n'était d'abord responsable que des déclarations prescrites par l'édit ; plus tard, on aurait étendu cette responsabilité à toute autre déclaration.

(4) Wlassak, *Neg. gest.*, 174.

l'an 490, Claudius Caudex, qui, le premier, persuada aux Romains de s'embarquer sur un navire (1). Le bail à ferme apparaît bien plus tard : chaque chef de maison cultivait lui-même ses terres et faisait paître ses troupeaux avec l'aide des membres de sa famille ; il confiait à ses fils ou à ses clients les parcelles du domaine public qu'il avait occupées. L'histoire des premiers siècles est pleine d'exemples de citoyens quittant les travaux des champs pour exercer les plus hautes magistratures (2).

Le louage de choses n'était pas cependant tout à fait inconnu : les bêtes de somme ou de trait, si utiles à l'agriculture, avaient une valeur assez grande pour qu'il ne fût pas possible à tous les chefs de maison d'en avoir un nombre suffisant (3). Entre voisins, il était d'usage de se les prêter (4), et si l'on ne trouvait pas à en emprunter, on les louait; cet usage existait dès le temps des Douze Tables (5).

Le louage de services et le louage d'ouvrage comportait un petit nombre d'applications. Celles sur lesquelles nous avons des renseignements précis se rapportent à un cas tout particulier, à la célébration des funérailles : c'était le seul luxe que se permettaient les Romains des premiers siècles. Les citoyens riches traitaient avec diverses personnes qui, moyennant un salaire, contribuaient à des titres divers à l'éclat de la cérémonie (6). Tous ces gens étaient de condition infime ; on ignore s'ils se faisaient payer d'avance, ou s'ils devaient attendre qu'on voulût bien les payer.

II. — Les conditions de la vie sociale étaient, comme on le voit, à de rares exceptions, peu favorables au développement du louage.

(1) Sen., de brevit. vitæ, 13.

(2) L. Quinctius Cincinnatus, dictateur en 296 et 315 (Cic., De Sen., 16; Val. Max., IV, 4, 7) ; M. Val. Corvus, consul en 406 (Cic., De sen., 17) ; M. Curius Dentatus, consul en 464; M. Atilius Regulus, consul en 487 (Val. Max., II, 4, 6); C. Atilius Regulus Serranus, consul en 497 et 504 (Val. Max., IV, 4, 5).

(3) *Jumentum* désigne le chariot avec son attelage. Gell., XX, 1. Un bœuf valait cent as d'après la loi Aternia Tarpeia, un cheval mille as. Cf. Voigt, I, 22, 196.

(4) Cat., R. r., 4.

(5) Gaius, IV, 28. Voy. *supra*, p. 431, n. 4.

(6) C'était le *pollinctor* qui colorait le visage du mort pour cacher la pâleur de ses traits (Serv., ad Æn., IX, 487); peut-être était-il chargé d'embaumer le cadavre pour assurer sa conservation pendant les sept jours durant lesquels il restait exposé. Serv., Ad Æn., V, 64 ; VI, 218. C'était ensuite le crieur public (*præco*) qui faisait part du décès et invitait à assister aux funérailles (Varr., L. l., VII, 42; Festus, v° *Quiris*), les musiciens (*siticines*) (Ateius Capito in Gell., XX, 2; *tibicines*, Cic., De leg., II, 23; Ovid., Fast., VI, 658), dont le nombre avait été limité à dix par les Douze Tables; les femmes (*præficæ*) qui chantaient en pleurant les louanges du mort (Varr., L. l., VII, 70), et dont l'usage se conserva jusqu'à la guerre punique (Varr., ap. Non., v° *Præficæ ;* cf. Gell., XVIII, 7) ; les gladiateurs qui pour la première fois en 490 furent engagés pour donner des jeux à l'occasion de la mort de Brutus. Val. Max., II, 4, 7.

Il en fut autrement dans la seconde moitié du cinquième et au cours du sixième siècle. La population avait considérablement augmenté : en 567, les alliés latins envoyèrent au Sénat des députés pour se plaindre qu'un grand nombre de leurs concitoyens fussent venus s'établir à Rome, où ils avaient été inscrits sur les registres du cens. Après enquête, on força à retourner dans leur pays d'origine tous ceux qui s'étaient fixés à Rome depuis 550 : on en trouva douze mille. Cette mesure fut inefficace, et dix ans après les députés latins vinrent encore se plaindre de l'émigration continuelle de leurs concitoyens. Des Grecs et des Carthaginois étaient venus aussi résider à Rome. Le nombre de ces derniers devait être assez grand pour que Plaute ait pu, dans une de ses comédies, faire parler un de ses personnages en langue punique (1).

Pour se loger, la plupart de ces étrangers durent louer des maisons (*habitatio*). Les moins fortunés se contentaient d'un appartement (*cœnaculum*) (2), ou même d'une chambre (*cubiculum*) dans un de ces grands corps de bâtiments (*insulæ*) que l'on se mit à édifier et qui ressemblaient à des casernes (3). L'accroissement de la population fut si rapide aux derniers siècles de la République que le prix des loyers augmenta dans de fortes proportions. On dut promulguer des lois pour faire remise de tout ou partie du loyer (4).

A la même époque, le commerce de terre et de mer prit une extension rapide. Des capitalistes s'associent pour acheter ou pour faire construire des navires dont ils tirent profit soit en se chargeant du transport de marchandises et de voyageurs, soit en les affrétant directement (5).

Pour faciliter le commerce de terre, on voit s'établir des loueurs de voitures (*cisarii*), des charretiers (6), des hôtelleries (*meritoria taberna, deversoria*) plus ou moins confortables, comme celles où vinrent loger en 587 les députés de Rhodes (7).

L'exploitation des domaines ruraux subit le contre-coup des changements survenus dans l'état social. La forte organisation de la famille avait reçu des atteintes profondes ; le lien qui unissait le client au patron avait été relâché et pour ainsi dire brisé ; les enfants, au lieu de rester groupés autour de leur père, allaient

(1) Voy. *supra*, p. 454.
(2) Plaut., Merc., 552. Varr., L. l., V, 36, 162.
(3) Cic., P. Cæl., 7. *Supra*, p. 276, n. 7.
(4) Diod., XXXI, 18, 2 ; Plut., Sull., I, 16, 17.
(5) Plaut., Rud., prol., 57.
(6) Varr., R. r., I, 2, 14.
(7) Val. Max., I, 7, 10 ; Plaut., Men., 436 ; Liv., XLV, 22.

tenter la fortune à l'étranger : souvent, au décès du chef de maison, ils demandaient le partage des biens communs. Le propriétaire rural manquait de bras pour cultiver ses terres; il en était réduit à louer les services de mercenaires qui venaient travailler chez lui à la journée (*operarii*) (1), ou bien même il donnait une partie de sa terre à cultiver à un colon (2). S'il avait des ressources suffisantes, il achetait des esclaves, dont le nombre s'était multiplié à la suite des conquêtes de Rome (3).

Pour les terres qui n'étaient pas en culture, les prés, les bois, ceux qui ne les exploitaient pas par eux-mêmes disposaient de la jouissance sous forme de vente : ils vendaient le droit au pâturage, aux coupes de bois. De même pour les troupeaux, ils vendaient le droit au croît des animaux.

En somme, le louage de choses ne s'applique pas encore aux terres appartenant aux particuliers. Le louage d'ouvrage offre au contraire une grande variété d'applications : le propriétaire foncier traite avec des entrepreneurs (*redemtores*) qui se chargent d'un ouvrage déterminé, tel que les vendanges, la cueillette des olives, la fabrication de l'huile (4), la construction d'une maison ou seulement des murs ou des fondations (5).

Le goût des plaisirs et du bien-être fit naître des besoins nouveaux. La grande masse des citoyens n'avait pas les moyens de se procurer le personnel et le matériel nécessaires pour les satisfaire : on eut recours à des entrepreneurs. Il y eut des entrepreneurs de spectacles qui, avec une troupe d'histrions dont ils louaient les services, se chargeaient d'amuser la foule (6); des entrepreneurs de bains publics dont les établissements offraient un confortable inconnu aux anciens (7). Pour nettoyer et donner de l'apprêt aux vêtements de laine, on s'adressa à des foulons. Le goût de la bonne chère fit multiplier les cuisiniers; la préparation des mets devint un art véritable (8). Quant au luxe des funérailles, il se développa grâce aux entrepreneurs des pompes funèbres. A l'exemple de l'État, qui plusieurs fois au cours du

(1) Cat., R. r., 4.
(2) Saserna in Colum., I, 7; Varr., R. r., I, 2, 17; II, 3, 7.
(3) En 535 et en 539 après la bataille de Cannes, des esclaves furent admis dans l'armée au nombre de trente-deux mille : *Supra*, p. 587, n. 2.
(4) Col., II, 21, 3; Cat., R. r., 137, 144; Plin., XVIII, 31.
(5) Cat., R. r., 14; Gaius, ad 12 Tab., D., L, 16, 235, 2.
(6) Plaut., Asin., 3.
(7) Varr., L. l., IX, 68; Plin., Ep., II, 17; Sen., Ep., 86.
(8) Liv., XXXIX, 6. Un bon cuisinier se payait plus cher qu'un intendant chargé d'administrer une propriété (Sall., Jug., 35, 39). Ceux qui n'en avaient pas parmi leurs esclaves (Plin., XVIII, 11; Plaut., Pseud., 165) trouvaient en tout temps sur le forum des cuisiniers qui se tenaient en permanence prêts à se rendre à domicile.

sixième siècle mit en adjudication l'entreprise des funérailles de certains personnages (1), les particuliers s'adressèrent à des entrepreneurs, au lieu de traiter directement avec les personnes dont le concours leur était nécessaire (2).

Le louage de services aurait dû, ce semble, recevoir peu d'extension à une époque où le travail servile était si répandu. Mais bien des gens n'avaient pas d'esclaves; ceux-là même qui en avaient un ou plusieurs pouvaient, à un moment donné, être forcés de recourir à des mercenaires (3).

III. — Comment est-on parvenu à faire entrer le louage dans la sphère du droit? La question se pose ici dans les mêmes termes que pour la vente; elle comporte la même solution (4) : de même que la vente, le louage donnait lieu à un *arbitrium* (5).

L'existence de l'*arbitrium ex locato conducto*, au temps de Caton, peut être établie, au moins pour le louage d'ouvrage (6). Un petit nombre des clauses importantes des *leges conductionis* étaient

(1) Val. Max., V, 1, 1. Cf. Mommsen, III, 1188 (411[3]).

(2) *Locatio funeris*, Plaut., Aul., III, 6, 30; Val. Max., V, 2, 10.

(3) Parmi ceux qui louaient leurs services, on trouve des portefaix (*bajulus*, Gell., V, 3; Gaius, 3 ad 12 Tab., D., L, 16, 235 pr.), des crieurs publics (*præco*, Liv., VI, 14; Cat., R. r., 2), des écrivains (*librarius*, Orelli, 7236), des gardiens (*custos*, Cat., R. r., 13, 66, 145), des maîtres de danse (*cinædus*, Macr., Sat., III, 14, 7; Plaut., Mil., 668), des funambules, des gladiateurs (Ter., Hec., prol., I, 4; II, 24-28).

(4) Nous retrouvons ici les divergences d'opinion que nous avons signalées pour la vente : les uns pensent qu'on a transporté en droit privé un mode de sanction usité en droit public (Mommsen, Z. Sav. St., 1885, p. 267); les autres estiment que le louage donna lieu de bonne heure à une obligation de droit strict que la coutume permit de faire valoir, indépendamment de toute stipulation, plutôt par l'action *sacramento* que par la *judicis postulatio* (Bechmann, I, 467; Burckhardt, 55). D'autres pensent que le louage n'acquérait une valeur juridique que s'il avait été fait dans la forme d'une double stipulation. D'après Degenkolb (*Platzrecht und Miethe*, 1867, p. 168, 202, et Pernice, *Labeo*, I, 466), le louage aurait été dans le principe un contrat réel, plus exactement un contrat innomé, qui devenait obligatoire lorsqu'il avait été exécuté par l'une des parties. C'est là une pure assertion. On a essayé de la rendre plausible en présentant le louage comme un précaire consenti pour un temps limité. Mais il y a une espèce de louage qu'on ne peut expliquer par l'idée d'un contrat réel : c'est le louage d'ouvrage.

(5) Q. Muc. ap. Cic., De off., III, 17.

(6) Celui qui traite avec un entrepreneur (*faber tignarius*) pour bâtir une villa doit se conformer aux clauses du contrat s'il veut agir en bon propriétaire, fournir exactement (*bene*) les matériaux nécessaires, payer le prix convenu (Pretium... et nummos fide bona solvit. Cat., R. r., 14). De son côté, l'entrepreneur doit fidèlement remplir ses engagements, sans quoi une retenue sera opérée, d'après l'arbitrage d'un homme de bien, sur ce qui lui est dû (Cat., R. r., 144) ; dans certains cas il perdra tout droit au prix convenu. Bien que Caton ne mentionne pas expressément l'*arbitrium ex locato conducto*, tout ce qu'il dit suppose l'existence d'un devoir à la charge du propriétaire aussi bien que de l'entrepreneur, et ces devoirs sont appréciés d'après l'arbitrage d'un homme de bien comme dans la vente : la retenue opérée sur le montant du prix paraît bien convenir aux usages des arbitres. Cependant Caton dit qu'en cas de contestation le *judicium* aura lieu à Rome ; mais le mot *judicium* n'est pas pris ici dans son sens technique : dans un sens large on l'employait pour désigner l'*arbi-*

confirmées par une stipulation (1). Les autres, qui portaient également le nom de *leges*, n'auraient pas mérité cette dénomination, si elles avaient été dépourvues de toute sanction.

Nous venons de déterminer comment le louage, sous ses trois formes, s'est introduit dans la pratique des Romains, et de quelle manière il était sanctionné. Nous avons à rechercher quelle fut la conception du louage dans la période qui précède l'époque classique. Nous distinguerons d'une part le louage d'ouvrage et le louage de services, d'autre part le louage de choses.

§ 2. — *Louage d'ouvrage et louage de services.*

A la différence de la vente, le louage, dans ses deux applications au louage d'ouvrage et au louage de services, n'a jamais été confondu avec l'acte servant à l'exécuter. Dans le louage, les deux prestations ne peuvent pas être simultanées comme dans la vente : l'une d'elles doit, par sa nature même, durer un certain temps, qu'il s'agisse d'un ouvrage à accomplir, ou de services à rendre. Même dans le cas le plus fréquent, celui où le louage donne lieu à la remise d'une chose (2), la tradition tire sa signification de la convention qui la précède. Cette convention résulte d'une proposition faite par le *locator* et acceptée par le *conductor;* elle est nécessaire soit pour fixer le prix convenu, soit pour indiquer ce que le *conductor* doit faire de la chose ou le travail que le *locator operarum* doit accomplir. Cette convention (*lex conductionis*) n'est revêtue d'aucune forme solennelle.

Le louage d'ouvrage et le louage de services présentent de nombreux traits de ressemblance avec les conventions similaires usitées en droit public. Il n'est pas douteux que le droit privé n'ait à bien des égards subi en cette matière l'influence du droit public.

1° La distinction de la *locatio operarum* et de la *locatio rei faciendæ* ne s'explique bien qu'en en rapportant l'origine au droit public : la *locatio rei faciendæ* était faite par le censeur seul; la *locatio operarum,* par tout magistrat. L'une avait pour objet l'exécution de travaux publics; l'autre, les services des appariteurs (3).

2° Le louage de services n'a jamais compris toute espèce de ser-

trium du censeur. Cat., R. r., 149; Bekker, *Die Aktionen,* I, 315; Bechmann, *Der Kauf,* I, 535; Mommsen, III, 813 (464²).

(1) Cat., R. r., 146.

(2) Sab. in Ulp., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 20. La remise d'une chose n'est pas essentielle : si le censeur fait faire un aqueduc, on ne peut dire qu'il remet l'eau à transporter; de même s'il fait faire une statue. Pernice, Z. Sav. St., IX, 239.

(3) Pernice, Z. Sav. St., 1888, p. 242. Cf. Burckhardt, 35.

vices, mais uniquement ceux qui ressemblent aux services rendus aux magistrats par leurs appariteurs. Aussi cette sorte de louage n'est-elle admise ni pour un médecin, ni pour une nourrice (1). Cette distinction injustifiable en théorie s'explique très naturellement quand on tient compte de l'origine du louage de services. Les jurisconsultes classiques eux-mêmes n'ont pas cherché à réagir contre cette conception si étroite du louage; la force de l'habitude les a décidés à maintenir la séparation de pure forme entre les salariés et ceux qui peuvent réclamer des honoraires. On ne peut pas même dire qu'ils se soient laissé guider par un sentiment de vanité en distinguant, comme on le fait de nos jours, les professions libérales de celles qui ne le sont pas, puisqu'ils placent les nourrices sur le même rang que les médecins (2).

3° Dans le louage, l'une des prestations doit consister en une somme d'argent déterminée, comme cela avait lieu dans les adjudications faites par le censeur (3).

§ 3. — *Louage de choses.*

Si le louage d'ouvrage et le louage de services ont subi de très bonne heure l'influence du droit public, il n'en a pas été de même du louage de choses. Le louage de choses s'introduisit dans la pratique et se développa d'une façon indépendante. Il n'eut pas tout d'abord d'analogue en droit public; l'État n'avait pas d'objet mobilier ni de maison à louer (4).

Dans le louage de choses, le mot *locare* n'eut pas, dans le principe, une valeur technique; il ne désignait pas la convention qui réglait les rapports respectifs des parties. Suivant son acception

(1) Ulp., 8 de omn. trib., D., L, 13, 1, 14.

(2) Cic., De off., I, 42, distingue *artes liberales* et *artes illiberales* et *sordidi quæstus*.

(3) Le louage comporte en droit public certaines applications qui n'ont pas été admises par le droit privé : telle est la *locatio rei præstandæ*. Cette sorte de louage était usitée toutes les fois que l'État voulait se procurer la jouissance définitive d'une chose. A la différence d'un particulier, l'État ne pouvait se porter acheteur; on arrivait au même résultat en mettant en adjudication la fourniture des objets dont l'État avait besoin, tels que le blé, les vêtements nécessaires pour l'armée. Liv., XXIII, 48; XXIX, 37.

(4) Tite-Live, XXVII, 3, cite, il est vrai, un exemple de location de maison faite par le proconsul Flaccus en 544. Après la prise de Capoue, il mit en vente les biens des principaux citoyens et loua les terres qui avaient été confisquées et les maisons de la ville : *Tecta urbis fruenda locarentur*. Mais nous sommes ici en dehors des règles du droit public : Flaccus procéda comme l'aurait fait un particulier. La redevance à payer pour la location des terres ne consiste pas en une somme d'argent; le preneur doit une certaine quantité de blé, sans doute une quote-part de la récolte; c'est une sorte de colon partiaire. (Cf. Mommsen, II, 429.)

étymologique, il exprimait le fait de placer une chose à la disposition de quelqu'un. Il se dit aussi bien du capitaliste qui place son argent à intérêt que du père qui marie sa fille (1). Le mot *locare* ne prend une valeur particulière que par l'indication du but à réaliser. Cependant, dès le temps de Plaute, l'expression *locare rem* était usitée de préférence pour le louage de choses, sans que l'on prît la peine de le qualifier d'une façon plus précise. Nous n'en sommes pas moins obligé de rechercher comment d'ordinaire on le caractérisait, pour savoir de quelle manière on envisageait à cette époque le louage de choses.

En droit classique, le locateur est tenu de faire jouir le locataire (2) : le louage de choses est une *locatio rei fruendæ*. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit. Gaius et Justinien présentent le louage de choses sous un jour différent : c'est la concession temporaire de l'usage d'une chose (*rem utendam dare*) moyennant une redevance en argent.

La conception primitive du louage de choses (3) ressemblait beaucoup à celle du commodat. De même que le louage, le commodat consistait anciennement à concéder l'usage d'une chose (4). Mais si le louage et le commodat supposaient la remise d'une chose pour s'en servir, il y avait entre eux cette différence que le locataire devait payer une somme d'argent déterminée pour l'usage de la chose. A cet égard, le louage ressemblait au prêt à intérêt : le prêt (*mutuum*) consistait également à *pecuniam utendam dare* (5). L'intérêt payé s'appelait *usura,* ce qui indique bien qu'il était donné *pro usu*. Le prêt à intérêt était une sorte de louage d'argent (6), avec cette différence que l'emprunteur devait rendre, non pas les pièces de monnaie qu'on lui avait remises, mais une quantité équivalente. Le louage de choses avait donc pour objet, dans l'ancien droit, non pas la jouissance, mais l'usage d'une chose : c'était une *locatio rei usurariæ*.

L'analogie que nous venons d'établir entre le louage de choses et le commodat ou le *mutuum* conduit à dire que cette sorte de

(1) Suet., Aug., 39 : Pecuniam fœnore collocare. Marcien, 16 Inst., D., XXIII, 2, 19; Paul, 2 Sent., D., eod., 38, 2; De assignat. libert., eod., 59 : Filiam collocare in matrimonio. Cf. Costa, *Plauto,* 373.

(2) Pomp., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2, 9 : Præstare frui licere.

(3) Gaius, III, 444; Inst., III, 24, 2, 5; Plaute, Curc., 391, appelle un esclave qui se loue pour le compte de son maître : *Servus usurarius.*

Cupio aliquem emere puerum qui usurarius
Nunc mihi quæratur : usus est pecunia.

(4) Pacuvius et Labeo ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 1, 1.

(5) Paul, 10 ad Ed., D., III, 6, 2.

(6) Les Romains paraissent s'en être rendu compte, car on trouve parfois, dans les poètes il est vrai, l'expression *pecuniam conducere*. Hor., Sat., I, 2, 9; Juv., XI, 56.

louage exigeait la remise de la chose par le locateur. Supposait-elle la remise simultanée du prix du loyer? Aucun texte ne le dit explicitement, mais peut-on interpréter autrement ces mots de Plaute : *usus est pecunia?* N'est-ce pas dire : la location de l'esclave vaut argent comptant? Si le prix du loyer n'était payé qu'à l'expiration du délai de location, le louage d'argent aurait fourni un moyen d'éluder la règle d'après laquelle le *mutuum* ne peut produire d'intérêts en vertu d'un simple pacte. Le *mutuum*, étant une sorte de *locatio pecuniæ*, aurait produit des intérêts par le seul effet de la convention : on n'aurait pas eu besoin de la confirmer par une stipulation (1).

§ 4. — *L'habitation.*

1. — Les Romains n'ont pas dès l'abord considéré la concession du droit d'habiter la maison d'autrui comme un louage : ils y ont vu un droit spécial qu'ils ont appelé *habitation*. Suivant leur habitude, ils ont confondu le droit avec son objet, de même qu'ils ont confondu le droit de faire paître un troupeau avec le pâturage. Les jurisconsultes classiques ont essayé de faire rentrer l'habitation dans le louage, de même qu'ils ont cherché à faire rentrer le legs d'habitation dans la servitude d'usage. Mais, même de leur temps, il subsiste un certain nombre de règles applicables au louage des maisons, qui répugnent au caractère du contrat de louage et qui nous fournissent des indications sur la conception primitive de l'habitation.

L'habitation, dans l'ancien droit, ressemblait au louage de choses en ce qu'elle conférait l'usage d'une maison, d'un appartement (2). Vivianus dit que l'habitation peut être concédée à titre de commodat (3). Il est clair que la nature de l'habitation ne peut changer suivant qu'elle est concédée gratuitement ou à titre onéreux : dans les deux cas, elle doit procurer la même utilité ; or, le commodat consistait anciennement à concéder l'usage d'une chose. Mais à la différence de ce qui était de règle dans le louage, suivant la conjecture que nous avons présentée, le prix

(1) La même conclusion résulte d'une disposition des Douze Tables sur la *pignoris capio* (*supra*, p. 431) : elle suppose qu'une personne a loué son attelage pour procurer à une autre personne l'argent nécessaire pour offrir un sacrifice. Si le louage n'était pas un moyen d'avoir de l'argent comptant tout aussi bien que la vente, on ne voit pas pourquoi l'on aurait eu recours à un acte où l'on courait le risque de manquer le but qu'on se proposait, faute de payement par le locataire. Le locateur aurait perdu sans compensation l'usage de sa chose, et celui qui était venu lui emprunter de l'argent n'aurait pu offrir son sacrifice.

(2) Alf., 2 Dig., D., XIX, 2, 27 pr. ; Lab. 4 poster. a Javol., D., eod., 28 pr.

(3) Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 1, 1.

du loyer n'était pas nécessairement payé au moment de l'entrée dans la maison. On avait tenu compte ici des nécessités de la pratique, de l'impossibilité où aurait été le locataire de faire l'avance de son loyer.

Est-ce à dire que l'habitation fut dès lors un contrat productif d'obligations? Nous ne le croyons pas. Lorsque le locataire ne pouvait payer d'avance son loyer, il donnait au propriétaire une satisfaction qui, provisoirement, tenait lieu de payement : il affectait à titre de gage tout ou partie des meubles qu'il introduisait dans la maison (1). C'est ainsi que dans la vente le payement du prix pouvait, d'après les Douze Tables, être remplacé par une satisfaction fournie au vendeur. La constitution d'un gage ne prouve nullement l'existence d'une obligation proprement dite à la charge du locataire. En droit classique, il est vrai, le gage est une garantie accessoire qui suppose l'existence d'une dette principale; mais dans l'ancien droit, le gage pouvait être donné pour assurer l'exécution d'un simple devoir.

La constitution du gage présentait ici une anomalie : le locataire conservait la détention des objets engagés; c'était une sorte d'hypothèque (2). Mais le propriétaire avait le droit de s'opposer à ce que ces objets fussent enlevés de la maison avant le payement intégral du loyer. C'était à lui de prendre ses mesures en conséquence, soit en faisant fermer les portes de la maison, soit en y plaçant des gardiens (*percludere*) (3). Les esclaves mêmes du locataire ne pouvaient sortir de la maison où ils restaient détenus; il était interdit de les affranchir pour ne pas compromettre le gage du propriétaire.

Le pouvoir reconnu au propriétaire était susceptible de donner lieu à bien des abus : il n'était soumis à aucun contrôle, à aucune autorisation de justice. La situation des locataires attira l'attention du préteur; il promit d'intervenir en leur faveur en faisant défense au propriétaire de s'opposer au déménagement; il rendait à cet effet un interdit *de migrando* (4). Pour y avoir droit, le locataire devait prouver qu'il avait payé son loyer, ou bien que les meubles qu'il voulait enlever n'étaient pas compris dans la convention de gage.

II. — L'absence de tout lien de droit entre le locateur et le locataire se manifeste à plusieurs points de vue. D'après la théorie du

(1) Ulp., 73 ad Ed., D., XLIII, 32, 1 pr.

(2) A la fin du premier siècle, la convention était sous-entendue : le locateur avait une hypothèque tacite sur les meubles garnissant les lieux loués. Nerat., 1 Membran., D., XX, 2, 4. Cf. Jourdan, *L'hypothèque*, 95, 390.

(3) Paul, De off. præf. vigil., D., XX, 2, 9.

(4) Ulp., 73 ad Ed., D., XLIII, 32, 1 pr.

droit classique, le louage de choses impose au bailleur l'obligation de faire jouir le locataire pendant le temps fixé par le contrat. Cette règle souffre exception pour l'habitation : le propriétaire peut congédier le locataire. Cette faculté, qui était sans doute absolue à l'origine, est encore admise par les jurisconsultes classiques, mais dans deux cas seulement : lorsque le propriétaire a besoin de sa maison pour l'habiter, ou lorsqu'il veut y faire des réparations (1).

De son côté, le locataire peut s'en aller quand il veut. Labéon (2) dit qu'il faut une convention spéciale pour enlever au locataire la faculté de déménager avant la fin de l'année ou du temps fixé. D'ordinaire, les locations étaient faites pour un an, à dater des calendes de juillet (3) : tel était du moins l'usage au commencement de l'Empire (4).

Le locataire et le bailleur n'étant pas liés l'un envers l'autre, la faculté de sous-louer n'avait guère de raison d'être; elle n'était admise qu'en vertu d'une clause spéciale (5).

On comprend maintenant pourquoi Modestin considère l'habitation comme un fait, et non comme un droit (6) : pendant longtemps, elle ne donna lieu à aucun rapport obligatoire. Lorsqu'elle faisait l'objet d'un legs, on se posa la question de savoir si elle devait être envisagée comme un droit réel. Les anciens jurisconsultes s'étaient demandé si le legs d'habitation serait valable pour un an seulement, ou tant que vivrait le légataire. On pouvait soutenir que le testateur avait simplement voulu faire remise au légataire du payement du loyer pendant un terme. L'opinion contraire fut défendue par Rutilius et accueillie par les jurisconsultes classiques : ils traitent le legs d'habitation comme un legs ayant pour objet l'*usus habitandi causa* (7). Dès lors, *usus ædium*

(1) Alf., 3 Dig., D., XIX, 2, 30 pr.; Afric., 8 Quæst., D., eod., 35 pr.
(2) Ulp., 73 ad Ed., D., XLIII, 32, 1, 4.
(3) Suet., Tib., 85; Martial, XII, 32.
(4) L'absence de toute obligation entre le propriétaire et le locataire ressort également d'Ulp., 32 ad Ed., D., h. t., 19, 6 : un locataire a payé d'avance le loyer de l'année; au bout de six mois, la maison est détruite par un incendie. Si le bailleur était obligé à faire jouir le locataire, celui-ci invoquerait le contrat pour se faire rembourser un semestre de loyer; c'est l'opinion que fit prévaloir Fabius Mela, un des contemporains de Labéon : il donne au locataire l'action *conducti*. Si, au contraire, il n'existe aucune obligation à la charge du bailleur, le locataire doit exercer l'action en répétition de l'indu, comme s'il avait payé une dette inexistante : telle est en effet la décision qui était donnée avant Mela. Le soin que prend ce jurisconsulte de justifier son opinion prouve que l'on avait, depuis peu, attribué à l'habitation le caractère d'un contrat. C'est à Labéon et à ses contemporains que sont dues la plupart des règles contenues au Digeste sur le louage des maisons.
(5) Javol., 5 Lab. poster., D., h. t., 60 pr.
(6) Modest., 8 Differ., D., IV, 5, 10.
(7) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 8, 10, 2.

exprima le caractère juridique de l'habitation qui, en elle-même, était un fait matériel étranger au droit.

§ 5. — *Comment on disposait des choses frugifères.*

Le louage de choses, ayant pour objet l'usage et non la jouissance de la chose, avait une portée moins étendue qu'en droit classique : il ne s'appliquait ni aux choses produisant des fruits naturels, ni à celles qui produisaient des fruits industriels.

I. — La jouissance d'une chose est une conception abstraite à laquelle les Romains se sont élevés assez tard. Dans les premiers siècles, ils se représentaient la jouissance d'une chose sous la forme des fruits. Ces fruits étaient une marchandise susceptible d'être vendue, même par anticipation : on pouvait vendre soit la récolte pendante, soit les fruits à venir, c'est-à-dire les fruits que la chose produira pendant un certain temps (1).

La vente des fruits à venir, telle que Caton nous la fait connaître, présente un caractère tout différent de celui qu'elle a reçu en droit classique. Nous allons l'étudier dans ses trois applications aux terres de pâture, aux bois, aux troupeaux.

1. Pour les terres de pâture, la vente a pour objet l'herbe qui poussera dans le champ pendant le semestre d'hiver. L'acheteur acquiert implicitement le droit de faire paître son troupeau dans le champ, du 1er septembre au 1er mars au plus tard. Au lieu de disposer du droit de faire paître le troupeau, on disposait du pâturage : suivant une conception familière aux peuples dont la civilisation est peu développée, on identifiait le droit avec son objet (2).

Au semestre d'été, il n'était pas d'usage de vendre le pâturage . on vendait la récolte pendante (3).

2. La vente des fruits d'un troupeau (*fructus ovium*) confère le droit de percevoir le lait, la laine et les agneaux. L'acheteur est tenu d'entretenir le troupeau ; il doit le faire paître sur le champ du vendeur, car n'ayant acheté que les fruits, il ne peut emmener le troupeau chez lui. La vente des fruits confère donc implicite-

(1) Cato, R. r., 146, 147 : Oleam pendentem, vinum pendens venire. Varr., R. r., I, 53 : Spicilegium venire. Voigt, *J. N.*, IV, 593, voit dans la vente du glanage un *opus præbendum,* mais c'est une simple assertion.

(2) Cat., R. r., 149 ; Varr., I, 21.

(3) *Pratum* et non *pabulum*. *Pratum,* dit Ulpien, 18 ad Ed., D., L, 16, 31, c'est un champ où l'on n'a besoin que de la faux pour recueillir le fruit qui est mûr pour la récolte. On a soin de ne pas y laisser paître les troupeaux, et si un voisin y laisse aller un de ses animaux, il est soumis à l'action de *pastu pecoris*. Lenel, *E. P.*, 156, a très bien vu que ce fragment d'Ulpien était emprunté à son commentaire sur l'action de *pastu*. Voy. *supra*, p. 359.

ment le droit au pâturage pendant toute l'année. Le payement est exigible au bout de dix mois. Pendant les deux derniers mois, l'acheteur doit fournir, pour faire paître le troupeau, un berger qui sera le gage du vendeur jusqu'à parfait payement (1).

3. Le louage d'une chose produisant des fruits naturels se présente également sous forme de vente des fruits à venir (2) : telle est la vente qui a pour objet le bois à couper dans une forêt pendant cinq ans. L'acheteur acquiert en même temps le droit aux fruits qui étaient sur les arbres, lorsqu'il les a coupés ; les autres restent, d'après Servius, au vendeur. L'acheteur d'une *sylva cædua* avait donc un droit moins étendu que celui du locataire d'une forêt : il n'avait pas la jouissance de tous les fruits produits par les arbres pendant la durée du bail.

II. — Le louage de choses ne s'appliquait pas non plus aux terres de culture. En règle générale, le propriétaire les cultivait lui-même avec ses enfants et ses esclaves. En cas de besoin, au moment de la moisson, par exemple, il prenait des mercenaires à la journée, ou bien il traitait avec un entrepreneur qui se chargeait de tout, moyennant un prix convenu, par exemple de la récolte des olives, ou de la préparation de l'huile (3). Pour certains travaux exigeant une habileté particulière, il engageait des journaliers à part de fruits (4).

Enfin, lorsque le propriétaire était dans l'impossibilité de s'occuper de la culture, il en confiait le soin à un colon partiaire avec lequel il partageait les fruits (5). Le colon avait droit, en sus de la moitié des fruits, au fourrage nécessaire à ses bœufs et au droit de les faire paître dans les prairies dépendant du domaine (6).

Le colonat était à cette époque une exception. Au premier siècle de notre ère, Columelle conseille au propriétaire de ne recourir au colonat que si la terre est située dans une contrée

(1) Cat., R. r., 150, appelle ici l'acheteur *conductor*, et à bon droit : en se chargeant de faire paître le troupeau pendant les deux mois où il n'a plus de fruits à recueillir, il cesse de jouer le rôle d'acheteur pour remplir celui de *conductor operis faciendi*.

(2) Lab. in Javol., 5 Poster., D., XVIII, 1, 80, 2.

(3) *Supra*, p. 618, n. 4.

(4) Cat., R. r., 136 : *Politores*.

(5) Cat., R. r., 137. Le colonat partiaire était usité au temps de Caton pour la vigne, pour une pépinière, pour un champ de blé, pour un fonds de terre en général.

(6) Valère-Maxime, IV, 4, 6, cite un exemple de colonat qui remonte à la première guerre punique (498). Regulus, qui commandait les armées romaines en Afrique, possédait un petit champ de sept arpents en Pupinie; son homme d'affaires étant mort, un mercenaire profita de l'occasion pour emporter tous les instruments de culture. Regulus demanda un successeur à l'expiration de ses fonctions pour pouvoir revenir cultiver son domaine. Le sénat décida de le maintenir à la tête de l'armée et de confier sa terre à un colon : « Agrum Atilii illico colendum locari. »

insalubre ou trop éloignée de son domicile, ou bien encore si elle est peu fertile (1).

On voit que, pour les terres en culture, le louage ne trouvait d'application que sous la forme du louage de services ou du louage d'ouvrage : le bail à ferme s'est introduit sous l'influence du droit public.

III. — L'État, ne pouvant exploiter par lui-même, mettait en adjudication la jouissance des terres qui lui appartenaient (*agrum fruendum locare*). Le mot *frui* caractérisait le droit que l'on pouvait avoir sur l'*ager publicus*. L'*uti* n'y était pas compris, parce que les dépendances du domaine public n'étaient pas susceptibles de propriété privée ni, par suite, d'usucapion (2). Tite-Live rapporte plusieurs exemples d'adjudication de ce genre pour les terres de Campanie en 545 et 580 (3). Anciennement, dit Festus, ces adjudications étaient considérées comme des ventes : on vendait non pas les fruits proprement dits, mais le profit, quel qu'il fût, qu'on était autorisé à en retirer. Lorsqu'il s'agissait d'une terre en culture, l'hypothèse n'était plus la même que celle de la vente des fruits à venir usitée au temps de Caton : l'État ne pouvait pas vendre des fruits qu'il ne dépendait pas de lui de faire naître, que le travail de l'adjudicataire pouvait seul produire. Le mot fruit n'était donc pas pris ici dans son sens propre (4).

Le droit public était sur ce point en avance sur le droit privé : il admettait la possibilité de vendre le profit à retirer d'une terre en culture, tandis que le droit privé n'admettait l'idée de vente que dans les cas où la jouissance pouvait être détachée de la chose sous la forme de fruits et sans que l'acquéreur eût aucun travail à faire pour préparer la récolte. Les choses produisant des fruits naturels rentraient seules dans cette catégorie.

L'extension de la notion de fruit en droit public n'eut pas immédiatement son contre-coup en droit privé. Au moment où l'exploitation par fermiers s'introduisit pour les dépendances du domaine public, c'était l'exploitation par esclaves qui était la plus répandue chez les particuliers ; elle était aussi la plus productive : seule, elle permettait de soutenir la concurrence de l'étranger. Lorsque, dans la suite, les citoyens romains acquirent de vastes propriétés à l'étranger, ils se trouvèrent dans une situa-

(1) Col., I, 7.

(2) Sent. Minuc., de 637 : *C. I. L.*, I, 199, lin. 24, 30. Loi agraire de 643 : *C. I. L.*, I, 200, lin. 32, 40.

(3) Liv., XXVII, 3, 11 ; XLII, 19.

(4) Festus, v° *Venditiones*, le marque bien par la façon dont il s'exprime : *velut fructus locorum publicorum*. Cela résulte également de l'expression : *Vectigalia fruenda locare*.

tion analogue à celle de l'État : ne pouvant les exploiter sous leur surveillance directe, ils prirent le parti de les affermer. Mais déjà une transformation s'était opérée dans le caractère des adjudications faites par les censeurs : on y voyait, non plus une vente, mais un louage. C'est avec le caractère de louage que le bail à ferme a été accueilli par le droit privé (1).

Il ne faut pas s'étonner que les Romains n'aient pas considéré la culture comme une charge de la jouissance : ce fait trouve son explication dans le mode d'exploitation des terres d'Italie à la fin de la République. A cette époque, Rome tirait son blé de l'étranger, surtout de la Sicile et de l'Afrique ; elle ne pouvait arriver à le produire aussi bon marché. L'élève du bétail constituait sa principale richesse. Il y avait, en Italie, plus de pâturages que de terres en culture ; de là, la distinction de *frui* et de *colere,* qui caractérisaient la situation respective du possesseur d'un *saltus* ou d'un *ager :* le premier jouit des fruits naturels produits par la terre ; le second doit préalablement donner ses soins à la culture pour recueillir les fruits industriels. Certes, on pourrait dire que le colon jouit de la terre, mais tel n'est pas le trait essentiel du contrat qui le lie au propriétaire du sol : on s'est adressé à lui non pas tant pour le faire jouir du fonds que pour le lui faire cultiver. Le contrat a pour objet un *opus faciendum.*

Lorsque le droit romain étendit son application hors de l'Italie, on dut accommoder les règles du louage aux conditions d'exploitation du sol provincial. Là où les terres en culture dominaient, on ne songeait pas à distinguer *frui* et *colere*, à séparer la culture de la jouissance (2). L'usage s'introduisit d'insérer dans le bail

(1) Nous aurons plus tard à déterminer les conséquences qui résultèrent de l'introduction de la *locatio rei fruendæ* au point de vue de la théorie du louage. Nous constaterons ici simplement qu'il n'était pas facile de reconnaître au locataire le droit d'exiger qu'on le fît jouir alors que ce droit était refusé à l'usufruitier. Voici quelques points de repère qui permettront d'apercevoir le développement progressif de cette théorie. La loi agraire de 643 marque la période de transition ; la *locatio agri fruendi* est considérée indifféremment comme une vente ou un louage. *C. I. L.*, I, 200, lin. 25, 85 : *Agrum fruendum redimere conducereve ; locare vendereve.* Servius, qui fut consul en 703, admet l'idée de louage pour les pâturages (*saltum pascuum locare,* Ulp., 32 ad Ed., D., h. t., 19, 1). La location d'une habitation ne fut pas comprise dès l'abord dans la *locatio rei fruendæ*, qui s'appliquait plutôt aux fonds de terre. Gaius, 10 ad Ed. prov., D., h. t., 25, 1, oppose encore *fundum fruendum* et *habitationem locare ;* il dit *colono frui, inquilino habitare licet.* Bien plus, on distingue *fundum fruendum* et *fundum colendum locare.* L'acquisition du *fructus* n'obligeait pas à cultiver ; la matière de l'usufruit en fournit la preuve : le préteur a dû intervenir pour forcer l'usufruitier à cultiver. Mais à la fin de la République, le mot *fructus* commençait à recevoir une signification très large : Ælius Gallus considère comme un fruit la *merces* provenant du louage d'un vêtement ou d'une coupe. Gaius, 6 ad XII Tab., D., XXII, 1, 19. Javolenus appelle *fructus rei* la faculté de donner une chose en gage (3 ex poster. Lab., D., XXII, 1, 49).

(2) Paul, 34 ad Ed., D., h. t., 24, 4. Gaius, 10 ad Ed. prov., eod., 25, 1 ;

une clause qui imposait au fermier l'obligation de faire cultiver le domaine, de conserver les colons qui s'y trouvaient déjà, d'en établir là où il n'y en avait pas (1). Dès lors, la *locatio agri colendi* put exister avec la *locatio agri fruendi* sur un même fonds de terre (2), soit qu'il y eût un fermier général avec un nombre plus ou moins grand de colons, soit que le fermier fût son propre colon.

III

LE *MUTUUM*.

I. — Le *mutuum* est l'acte par lequel on prête à un ami ou à un voisin une certaine quantité de choses qui se consomment par le premier usage, à charge d'en rendre ultérieurement une quantité équivalente.

Le *mutuum* a sans aucun doute été de tout temps pratiqué; il rentrait dans la catégorie des bons offices qu'on se rend entre amis ou entre voisins (3). Pendant longtemps, le *mutuum* n'eut aucune valeur juridique. L'action qui le sanctionne, quand il a pour objet de l'argent, l'action *certæ pecuniæ*, a été introduite par la loi Silia postérieurement aux Douze Tables (4).

La consécration du *mutuum* n'est donc pas antérieure à la loi Silia : il est même très vraisemblable qu'elle est de quelque temps postérieure. L'action *certæ pecuniæ* a reçu en effet trois

Afric., 8 Quæst., eod., 33, *in fine*. Pap., in Ulp., 31 ad Sab., D., XXIV, 3, 7, 1; Jul., 4 ex Minic., h. t., 32.

(1) Gaius, 10 ad Ed. prov., D., h. t., 25, 3.

(2) Hygin., 116.

(3) Cat., R. r., 4 : Vicinis bonus esto : Si ædificabis... materia adjuvabunt. Cf. Plaut., Asin., 229; Curc., I, 1, 68; Trin., 715.

(4) Keller, *La procédure civile*, 74, a prétendu que cette action existait antérieurement et qu'on la faisait valoir *sacramento*. Mais dans ce cas la loi Silia n'aurait pas comblé un vide dans les formes de procédure, comme le donne à entendre Gaius, IV, 20. Keller est conduit à admettre que l'action de la loi par *condictio* n'est qu'une abréviation et une simplification de la procédure par serment. Cette conséquence, manifestement contraire au texte de Gaius, ne saurait être admise. Gaius attribue à la loi Silia la création d'une nouvelle forme de procédure et en même temps la création d'une action nouvelle. Le mot *actio* a pour lui cette double acception : la preuve en est que l'innovation qu'il rapporte à la loi Calpurnia ne peut avoir eu pour but de créer une forme de procédure qui existait depuis la loi Silia. La loi Calpurnia a consacré la faculté d'agir *de omni certa re*, de même que la loi Silia a permis d'agir *certæ pecuniæ*. On a objecté que, d'après Gaius, IV, 20, on pouvait faire valoir ces deux actions *sacramento* ou *per judicis postulationem*. Mais Gaius parle ici non plus de nos deux actions en particulier, mais de toutes les actions personnelles où l'on agit *de eo quod dari oportet*. Autrement il faudrait dire que la demande d'un juge était possible ici, et Keller lui-même, n. 241, recule devant cette conséquence. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 240; IV, 402.

applications : elle sanctionne la stipulation, l'*expensilatio,* le *mutuum*. De ces trois applications, celle qui concerne le *mutuum* doit être la moins ancienne. On ne peut pas supposer qu'un acte non solennel comme le *mutuum* ait été consacré facilement à une époque où la garantie de la loi était réservée aux actes solennels. Cette conjecture est confirmée par un fait caractéristique : l'expression *pecuniam credere* fut employée pendant longtemps pour désigner la stipulation (1). C'est un souvenir de l'époque où elle convenait exclusivement à la stipulation.

Il y a plus : l'utilité d'une sanction légale a dû se faire sentir plus tôt pour la stipulation que pour le *mutuum*. La stipulation était le mode général de confirmation des actes fiduciaires : il fut nécessaire d'y recourir dès que l'on commença à conclure ces sortes d'actes en dehors du cercle restreint des amis ou des voisins. Pour le prêt, au contraire, la sanction légale existait depuis longtemps : il suffisait de le faire dans la forme du *nexum*. Mais au cours du cinquième siècle se produisirent certains faits qui eurent pour conséquence de généraliser l'usage du *mutuum*.

Pour couper court aux abus de toute sorte auxquels avait donné lieu le prêt à intérêt, la loi Genucia de l'an 412 crut bien faire de l'interdire. Ce qu'elle prohiba, c'était le *fœnus* tel qu'il existait à cette époque, c'est-à-dire le prêt fait dans la forme solennelle du *nexum* et dont les intérêts se capitalisaient à la fin de chaque année, de sorte qu'au bout de peu de temps l'emprunteur était à la merci du prêteur. C'est ainsi du moins qu'elle paraît avoir été interprétée, car si Tite-Live dit qu'elle défendit de prêter à intérêt, elle ne fut certainement pas appliquée d'une manière aussi radicale (2) : le *nexum* a longtemps encore coexisté avec le *mutuum* (3). Mais si le *nexum* n'était pas absolument interdit, il était mal vu (4) : c'est là ce qui contribua à étendre l'application du *mutuum*. Par lui-même, il était essentiellement gratuit : c'était un service d'ami; il ne conférait aucun droit au prêteur, qui s'en remettait à la loyauté de

(1) *C. I. L.*, II, 5042 : Pecuniam dare, credere, expensum ferre. Cf. Cic., P. Q. Rosc., 5, 13 : Adnumerare, expensum ferre, stipulari.

(2) Liv., VII, 42. Bekker, *Aktionen,* I, 27. *Supra*, p. 379.

(3) Plaute distingue *pecuniam sumere* et *fœnore sumere :* Asin., I, 3, 95. Cf. Ter., Phorm., 299.

(4) Cic., P. Cæl., 7, 13, repousse énergiquement le reproche de *versura* adressé à un de ses clients; il avoue au contraire qu'il a emprunté de l'or à Clodia. Anciennement, la *versura* consistait à convertir en capital les intérêts annuels que l'emprunteur n'avait pu payer (*supra*, p. 378, n. 7). Plut., II, 1013, éd. Dübner. Plus tard, le mot prit la signification générale d'emprunt, particulièrement lorsqu'on empruntait pour éteindre une dette préexistante (Festus, v° *Versuram*). La *versura* se distingue à cette époque de l'anatocisme. Marquardt, V, 63.

l'emprunteur; il ne pouvait donc tomber sous la prohibition de la loi Genucia.

II. — Pour l'approprier aux besoins généraux de la pratique, il fallait deux choses : 1° lui donner une valeur juridique en conférant au prêteur le droit de poursuivre en justice l'emprunteur qui ne restituait pas la quantité reçue; 2° trouver un moyen qui permît au prêteur de retirer un profit de l'usage de sa chose par l'emprunteur. Le premier résultat pouvait être atteint en confirmant le prêt par une stipulation, mais c'était là une complication dont on finit par se dispenser. Les légistes admirent que la numération des écus suffisait à motiver une action en justice, et ils étendirent au *mutuum* d'argent l'application de la loi Silia.

La notion juridique du *creditum* se trouva par là même élargie : restreinte d'abord à la stipulation, elle fut étendue à l'*expensilatio* et au *mutuum*. *Credere*, c'est croire en quelqu'un, avoir confiance en lui, c'est courir le risque de ne pas avoir la chose promise en cas d'insolvabilité du débiteur : telle était la situation du stipulant vis-à-vis du promettant; telle fut celle de l'emprunteur. Tout autre était la situation du prêteur en cas de *nexum*, il avait un droit sur le corps de l'emprunteur.

Pour être différente, la sanction du prêt d'argent en forme de *mutuum* était cependant très énergique. L'action *certæ pecuniæ* donnait lieu à une stipulation et à une restipulation du tiers : l'emprunteur qui se laissait poursuivre devait s'engager à payer un tiers en sus, s'il était reconnu débiteur; de son côté, le prêteur s'engageait à payer un tiers de la somme réclamée, s'il était débouté de sa demande (1).

De tous les actes fiduciaires directement consacrés par le droit, le *mutuum* est le seul qui donne lieu à une action de droit strict. D'où vient cette singularité (2)? De ce qu'il a été rendu obligatoire à une époque où l'on n'avait pas encore l'idée d'une action tendant à faire exécuter une promesse. L'action née du *mutuum*, comme les autres actions personnelles de l'ancien droit, a pour but d'assurer la répression d'un tort; elle doit être antérieure à l'action de fiducie, de tutelle : elle date vraisemblablement de la première moitié du sixième siècle. Le plus ancien document où le *mutuum* soit présenté comme un acte juridique remonte à l'an 555 (3).

(1) Gaius, IV, 13, 171.

(2) Le *mutuum* étant un contrat du *jus gentium*, cette singularité est bien difficile à expliquer pour ceux qui considèrent le *jus gentium* comme un droit d'origine étrangère, fondé sur l'équité naturelle et distinct du droit strict Voy. Huschke, *Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn*, 1882, p. 8.

(3) Liv., XXXII, 2.

Si l'on dispensa le préteur de recourir à la stipulation pour confirmer la créance résultant du prêt d'argent, cette faveur ne fut pas étendue à la convention accessoire relative aux intérêts. On redoutait tellement le renouvellement des abus auxquels avait donné lieu le *nexum* qu'on resta invariablement fidèle à la notion primitive du *mutuum :* ce fut toujours un acte essentiellement gratuit. Rien n'empêchait d'ailleurs de joindre au *mutuum* une stipulation tendant à obtenir périodiquement le payement d'une somme fixe à titre d'usage ou de loyer de l'argent (*usura*); mais le prêt et les intérêts étaient deux choses distinctes et formaient l'objet de deux conventions différentes. Il n'y avait pas de confusion possible avec le *fœnerare,* où le droit aux intérêts résultait d'une clause jointe à la *nexi datio*.

IV

LE COMMODAT.

Le commodat est l'acte par lequel on prête à un ami ou à un voisin un corps certain pour s'en servir, mais à charge de le rendre, quand on n'en aura plus besoin (1). C'est ce que nous appelons aujourd'hui le prêt à usage (*utendum dare*).

Ainsi que le *mutuum,* le commodat est essentiellement gratuit : c'est un service d'ami. Le commodat était très fréquent dans la pratique. A une époque où il n'était pas facile de se procurer les objets de première nécessité, où l'on était souvent obligé de les faire soi-même, on avait à chaque instant l'occasion de les prêter ou de les emprunter : c'était un couteau, une hache, un mortier. Les députés carthaginois qui vinrent à Rome en 411 déclarèrent qu'il n'y avait pas d'hommes vivant entre eux dans de meilleurs rapports que les Romains; dans tous les repas qui leur furent offerts, ils virent reparaître la même vaisselle d'argent que leurs hôtes se prêtaient les uns aux autres (2).

Le commodat est demeuré fort longtemps un simple acte fiduciaire : il fut pour la première fois sanctionné par une action *in factum* dans l'édit du préteur Pacuvius, que l'on croit être le père de Labéon. Cela nous reporte aux derniers siècles de la Répu-

(1) Cato, R. r., 4 : Vicinis bonus esto... si ædificabis jumentis adjuvabunt. Plaut., Asin., 427.

> Scyphos quos utendos dedi Philodamo rettulitne?
> Non etiam. — Hem non! si velis da, commoda homini *amico*.

Aulul., 56 :

> Cultrum, securim, pistillum, mortarium,
> Quæ utenda vasa, semper *vicini* rogant.

(2) Plin., H. n., XXXIII, 11.

blique (1). Plus tard on en fit un contrat de bonne foi sanctionné par une action *in jus* (2).

Certains auteurs pensent qu'on avait parfois recours à la mancipation fiduciaire pour réaliser le commodat. Assurément, ce n'était pas impossible, mais le procédé eût été trop gênant dans la pratique pour avoir été bien usité ; Gaius n'y fait pas la moindre allusion à propos de la mancipation fiduciaire (3).

V

LE GAGE.

Le gage (*pignus*) est une sûreté réelle tendant à garantir la réalisation d'un fait à venir, principalement l'exécution d'une promesse. Le gage ressemble, à cet égard, au cautionnement ; il en diffère en ce que le créancier a pour garantie une chose et non une personne. Pendant bien des siècles, les Romains ont préféré les garanties personnelles aux garanties réelles. L'étude du *pignus* nous permettra d'expliquer les causes de cette préférence.

Il y a deux sortes de gage : tantôt le débiteur se borne à indiquer l'objet qui servira de gage (*pignus opponere*) ; l'entrée

(1) Cette action *in factum* existait au temps de Q. Mucius (Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 2) et de Trebatius (Paul., 11 ad Ed., D., IV, 3, 18, 3). Cf. Alb. Desjardins, Rev. hist. de droit, 1867, p. 138 ; Voigt, *J. N.*, IV, 616.

(2) Gaius, IV, 47. L'action *in jus* doit avoir été admise à une époque voisine de celle où fut rédigé l'Édit perpétuel. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 2 à 10. Cf. Lenel, *E. P.*, 200.

(3) Voici cependant un texte qui se rapporte peut-être dans sa teneur primitive à un commodat réalisé par une mancipation fiduciaire. Un esclave qui appartient à plusieurs maîtres reçoit de l'un d'eux l'ordre d'emprunter un objet à titre de commodat : l'acquisition profitera exclusivement à celui qui a donné l'ordre. Ofilius, ap. Pomp., 26 ad Sab., D., XLV, 3, 6 : « Per traditionem accipiendo vel deponendo commodandoque posse soli acquiri qui jussit. » Le jurisconsulte met ici sur la même ligne l'acquisition par commodat et l'acquisition par tradition ; celle-ci procure la propriété ou tout au moins l'*in bonis :* il doit en être de même de celle-là. La conclusion ne s'impose pas d'une manière nécessaire : Ofilius veut peut-être dire simplement que l'usage de la chose restera propre à celui des maîtres qui a donné l'ordre. Cependant cette interprétation ne serait plus exacte pour le dépôt : le dépositaire n'acquiert aucun droit sur la chose s'il n'y a eu mancipation fiduciaire. Il est donc probable que le texte a été interpolé, et qu'Ofilius parlait de mancipation et non de tradition, de fiducie et non de dépôt ou de commodat. — Un fragment de Pomponius (22 ad Sab., D., XII, 4, 15) fait ressortir l'utilité pratique qu'il y avait, dans certains cas, à recourir à une mancipation fiduciaire pour réaliser un commodat. Un esclave est soupçonné d'avoir commis un vol : on voudrait le mettre à la question ; mais comme on ne peut en règle générale user de ce procédé à l'égard de l'esclave d'autrui, il faut préalablement en acquérir la propriété. Son maître consent à le livrer sous la condition que, s'il n'est pas reconnu coupable, on le lui rendra. Cette éventualité venant à se réaliser, l'acte aura eu le caractère d'un commodat, et ce commodat n'aura pu se faire que par une mancipation fiduciaire. Cf. Mod., De herm., D., XXIV, 3, 58.

en possession est remise à une époque ultérieure, au jour de l'échéance, si le créancier n'est pas payé; tantôt le créancier est mis tout de suite en possession de la chose, soit qu'il l'ait prise lui-même (*pignoris capio*), soit que le débiteur lui en ait fait tradition (*pignoris datio*).

I. — Le *pignus oppositum* n'est autre chose que la convention qui a reçu plus tard le nom d'hypothèque (1). On en trouve diverses applications dans les textes du sixième siècle et notamment dans Caton (2). Celui, par exemple, qui vend la récolte pendante d'un champ d'oliviers ou d'une vigne a pour gage tout le matériel apporté par l'acheteur : il est certain que le gage était constitué sans qu'il y eût remise effective au créancier, sans quoi la récolte n'eût pas été possible (3).

A la différence de l'hypothèque, le *pignus oppositum* est un acte sans valeur juridique. Le créancier n'a pas d'action en justice pour obtenir le gage, faute de payement à l'échéance; mais c'est un devoir pour le débiteur de le laisser prendre possession de l'objet engagé (4). En cas de résistance de sa part, il ne semble pas qu'il y ait eu aucun moyen direct de réprimer cette violation de la foi promise (5); mais on y arrivait sans doute indirectement, grâce à une clause mentionnée dans les formulaires de Caton : il est interdit au fermier d'emporter les objets qu'il a introduits sur le fonds, sinon on les considère comme appartenant au bailleur (6). L'effet de cette clause était vraisemblablement de permettre au créancier d'exercer l'action de vol contre le débiteur.

II. — Tandis que dans le *pignus oppositum* le débiteur conservait le gage provisoirement, dans les autres cas il était dessaisi

(1) JOURDAN, *L'hypothèque,* 90; VOIGT, *Das* pignus *der Römer bis zu seiner Umwandelung zum Rechtsinstitute* (Ber. d. K. Sächs. Ges. d. W., 1888, p. 236).

(2) Voy. aussi PLAUT., Pseud., I, 1, 85; Curc., II, 3, 77; CÆCIL. STAT. ap. FEST., v° *Reluere;* TER., Phorm., IV, 3, 56; CATULL., XXVI, 1; SEN., De ben., VII, 15; JUV., XI, 18.

(3) CAT., R. r., 146 à 148 : Donicum solutum erit, aut ita satisdatum erit, quæ in fundo inlata erunt, pignori sunto. 150 : *Lex fructus ovium vendundi.* 149 : *Lex pabulo hiberno vendundo.* De même, en cas de bail à ferme, les fruits à venir garantissent au bailleur le payement du prix du bail (AFRIC., 8 Quæst., D., XLVII, 2, 61, 8); en cas de louage d'une maison, les meubles du locataire garantissent le payement du loyer (*supra,* p. 624, n. 1).

(4) Il y a une allusion à cet usage dans un rescrit de Sévère et Caracalla (C. J., VIII, 13, 3).

(5) JOURDAN, 95, pense que le préteur s'interposait en défendant au débiteur d'empêcher le créancier de se mettre en possession. (Arg. VENUL., 1 Interd., D., XLI, 2, 52, 2.) Mais on ne peut pas affirmer que cet interdit prohibitoire remonte à notre époque. VOIGT, op. cit., 259, pense que le débiteur était passible de l'action d'injures : c'est une simple conjecture.

(6) CAT., R. r., 146 : Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto.

soit par un acte de sa volonté, soit par le fait du créancier. Nous ne nous occuperons ici que de la première hypothèse : la seconde appartient à la procédure.

La *pignoris datio* consiste à remettre un objet mobilier à une personne comme garantie du payement d'une créance, et à charge de le rendre lorsque le créancier aura été payé.

Primitivement, le débiteur remettait au créancier son anneau à titre de gage (1); mais le gage pouvait avoir pour objet toute autre chose mobilière (2).

La remise d'un gage suppose que le créancier a fait crédit au débiteur; par conséquent, la convention à laquelle le gage donne lieu intervient entre personnes qui, dans une certaine mesure, ont respectivement confiance l'une dans l'autre. On en trouve des exemples en matière de prêt, de vente à crédit, de pari (3). Le gage pouvait d'ailleurs être constitué pour garantir l'exécution d'une promesse résultant d'un acte juridique aussi bien que d'un acte fiduciaire.

La garantie accordée au créancier était, aux premiers siècles, assez efficace, lorsque la chose était *nec mancipi;* il était autorisé à retenir un objet que le débiteur était hors d'état d'aliéner faute de l'avoir en sa possession. Alors même que la chose aurait été *mancipi,* l'aliénation n'aurait pas été possible, parce qu'à cette époque la mancipation exigeait l'appréhension de la chose. Le créancier pouvait espérer que le débiteur s'efforcerait de dégager la chose, ou que, si elle avait une valeur supérieure au montant de la dette, les autres créanciers lui offriraient de le désintéresser pour le faire renoncer à la rétention de la chose. Mais le débiteur conservait le droit de revendiquer la chose dont il avait la propriété quiritaire; aussi n'est-il guère probable qu'on donnât en gage une *res mancipi.* Lorsque la notion de la propriété quiritaire eut été étendue aux *res nec mancipi,* la situation du créancier devint précaire en face d'un débiteur peu scrupuleux. Si l'on ajoute à cela que le créancier n'avait aucun moyen de recouvrer la possession quand il l'avait perdue, on s'expliquera aisément pourquoi les Romains préféraient les sûretés personnelles aux sûretés réelles.

Lorsque le créancier gagiste avait reçu le payement de ce qui lui était dû ou une satisfaction équivalente, il devait restituer le

(1) Plin., H. n., XXXIII, 1, 28.

(2) Gaius, 6 ad XII Tab., D., L, 16, 238, 2 : Pignus appellatum a pugno quia res quæ pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

(3) Plin., loc. cit.; Cic., P. Sest., 41; Macr., Sat., I, 6, 29; Col., R. r., VIII, 2

gage au débiteur. Mais comme le *pignus* était en dehors de la sphère du droit, le débiteur n'avait aucun moyen spécial de forcer le créancier à restituer : il n'avait sans doute que la ressource de l'action *ad exhibendum* pour rétention injuste de la chose d'autrui, ou de l'action en revendication (1).

Le défaut de payement à l'échéance avait pour conséquence l'abandon du gage (2). Le créancier était autorisé à le vendre (3), mais non à se l'approprier (4). Il semble même que, dans le principe, le droit de vente appartenait au créancier, indépendamment de toute convention spéciale, comme dans la *pignoris capio* (5).

La vente du gage à la requête du créancier ne conférait à l'acheteur que la possession de la chose et un titre pour l'usucaper. Il n'était pas à l'abri d'une revendication de la part du débiteur, tant que l'usucapion n'était pas achevée. Ce n'est qu'après la création de l'exception de dol qu'il fut en mesure, dès le jour de l'acquisition, de repousser la réclamation du propriétaire.

On voit combien était précaire la sûreté réelle résultant de la

(1) Le préteur transforma en une obligation le devoir qui incombait au créancier gagiste : il permit au débiteur de le poursuivre par une action *in factum*. Cette action fut elle-même remplacée plus tard par une action *in jus* de bonne foi (Inst., IV, 6, 28; Alex., C. J., IV, 24, 6). Le gage, qui n'avait été dans le principe qu'un acte fiduciaire, devint un pacte prétorien, puis un contrat réel. Voigt, *J. N.*, III, 968, a prétendu que l'action *pigneraticia in factum* sanctionnait exclusivement le *pignus prætorium*, et que l'action *in jus* a toujours été réservée au *pignus civile*; il n'y aurait jamais eu transformation du pacte prétorien en contrat de gage. Cette opinion tient à la façon particulière dont Voigt entend l'action *pigneraticia in factum*. Pour lui, cette action est celle dont la formule a été conservée par Ulpien (62 ad Ed., D., XLII, 5, 9 pr.) et s'applique au cas où un créancier a été envoyé en possession des biens de son débiteur. Mais cette action *in factum* est-elle une action *pigneraticia?* Aucun texte ne le dit. Tout au contraire, l'action à laquelle se rapportent les fragments du titre *De pigneraticia actione*, et spécialement ceux qui ont été empruntés au commentaire d'Ulpien, a tous les caractères d'une action *in factum*, et cependant elle est entièrement distincte de celle dont parle Voigt. Cf. Lenel, *E. P.*, 201. Il est difficile de préciser l'époque à laquelle fut créée l'action *pigneraticia in factum*. Voici cependant deux faits qui permettent de croire qu'elle fut introduite assez tard dans l'édit du préteur : d'abord la création de l'interdit *de migrando*, au profit du locataire d'une maison contre le propriétaire qui s'oppose à l'enlèvement des meubles, bien qu'il ait été payé ou qu'il ait reçu une satisfaction équivalente. Cet interdit aurait offert peu d'utilité si le débiteur avait eu à sa disposition une action *in factum* pour forcer le créancier à lui restituer le gage. D'autre part, la majeure partie des textes relatifs au *pignus* sont des deuxième et troisième siècles, quelques-uns de la fin du premier siècle; c'est à cette époque seulement que la jurisprudence a élaboré la théorie du gage. Nous croyons ne pas être trop éloigné de la vérité en disant que le gage, de même que le commodat, a dû être sanctionné par le préteur à la fin de la République.

(2) *Pignus deserere :* Plaut., Capt., II, 3, 76.

(3) *Pignus cædere :* Crass., ap. Cic., De or., III, 1; Tib., IV, 13, 17.

(4) Gaius, 13 ad Ed. prov., D., XLVII, 2, 54 pr.

(5) Dans les formulaires de Caton, il n'est fait aucune allusion à une clause autorisant le créancier à vendre. Voigt, op. cit., 273, pense que cette restriction s'intro-

constitution d'un gage, tant que cet acte resta en dehors de la sphère du droit. Il ne devait être usité que pour garantir des dettes de peu d'importance, ou de la part de personnes qui ne pouvaient trouver de caution, ou en attendant qu'elles en eussent trouvé une (1).

VI

LE DÉPÔT.

Les actes fiduciaires dont nous allons nous occuper semblent à première vue présenter les mêmes caractères que ceux dont nous venons de parler. Pourquoi le dépôt ne serait-il pas considéré comme une *res credita* au même titre que le commodat? la fiducie au même titre que le *mutuum?* Les Romains ont pourtant établi une distinction entre ces diverses sortes d'actes. Dans l'Édit perpétuel et au Digeste, le commodat et le gage sont placés sous la rubrique *De rebus creditis,* à côté du *mutuum.* Le dépôt et la fiducie figurent au contraire en tête du titre consacré aux contrats de bonne foi, à côté du mandat et de la société, immédiatement avant les titres consacrés à la dot et à la tutelle.

Quel est le fondement de cette distinction? S'il n'apparaît pas clairement dans le dépôt, on peut du moins le saisir dans quelques-uns des actes de cette catégorie, dans la tutelle et dans la dot : le débiteur, tenu à la restitution, est considéré comme propriétaire (*domini loco*). On devait envisager sous le même point de vue les autres actes que nous trouvons placés sur la même ligne. Cela n'est pas douteux pour le mandat, qui, dans l'origine, avait principalement pour objet de faire valoir un fonds de terre; pour la société, où chaque associé devient copropriétaire des choses communes; pour la vente, qui met la chose vendue *in bonis* de l'acheteur, et même pour le louage, où le colon est mis au lieu et place du propriétaire, quant à la perception des fruits.

Dans tous ces actes, le trait caractéristique, aux yeux des Romains, c'était la situation faite au fiduciaire : il était *domini loco*. Il devait en être de même du dépôt. Pourquoi le dépositaire n'aurait-il pas été *domini loco* comme le tuteur? L'un et

duisit à la fin de la République, lors de la création de l'action *pigneraticia.* Au commencement du troisième siècle, on revint à la règle ancienne. Ulp., 41 ad Sab., D., XIII, 7, 4.

(1) C'est précisément ce que dit Caton, R. r., 146. *Supra*, p. 635, n. 3.

l'autre recevaient l'objet ou les objets qui leur étaient confiés par une simple tradition, et devaient les garder dans l'intérêt du propriétaire. Dans les cas, au contraire, où il y avait *res credita,* l'emprunteur ou le créancier gagiste n'avait en vue que son intérêt personnel. La vente fait seule exception à la règle, parce que le fiduciaire, c'est-à-dire l'acheteur, n'est pas tenu de restituer la chose, mais de donner au vendeur un équivalent en argent.

I. — A l'époque classique, le dépôt est un contrat par lequel je mets une chose en sûreté chez une personne qui doit la garder, et me la rendre quand je la réclamerai (1). Le caractère contractuel du dépôt a été admis assez tard, postérieurement à Labéon. Les jurisconsultes du premier siècle sont unanimes pour n'accorder l'action de dépôt qu'au cas de dol. Julien, au contraire, autorise cette action par cela seul que le dépositaire ne rend pas la chose sur la demande qui lui en est faite. Marcellus refuse l'action de dépôt contre un affranchi qui, étant esclave, a reçu un dépôt; cette décision, contraire à la règle *noxa caput sequitur,* tient à ce que le dol a son origine dans un contrat. Un siècle et demi auparavant, Trebatius exprimait une opinion différente dans le cas où l'affranchi avait encore la chose entre les mains (2).

Si le dépôt n'était pas encore un contrat sous la République, du moins était-il sanctionné par une action *in factum* (3). Cette action a été probablement introduite dans l'édit prétorien au dernier siècle de la République, ainsi que l'action de commodat : c'est dans les textes de cette époque qu'on voit apparaître l'idée que le dépositaire est obligé à rendre la chose (4).

II. — Dans le droit antérieur, le dépôt n'était qu'un acte fiduciaire sans valeur juridique, si ce n'est dans le cas où l'on avait eu recours à une mancipation fiduciaire pour le constituer. Le dépôt pouvait, en effet, être réalisé par une mancipation fiduciaire consentie à un ami (5); mais ce n'était ni le mode primitif de constitution du dépôt, ni même le mode le plus usité. La mancipation n'a plus ici son caractère originaire; ce n'est plus un acte réel, ce n'est qu'un acte dénaturé. Puis, la publicité dont elle était entourée était incompatible avec le secret, qui est souvent dans les vœux du déposant (6).

(1) Deponere = commendare, custodiendum dare, servandum dare. PAUL, 4 Resp., D., XVI, 3, 26 pr.; ULP., 30 ad Ed., D., eod., 1 pr., 8.
(2) JUL., ap. ULP., eod., 1, 22; MARCELL., ap. ULP., eod., 1, 18; TREBAT., ap. PAUL, 60 ad Ed., D., eod., 21, 1.
(3) ULP., eod., 1, 1; GAIUS, IV, 47.
(4) LAB. ap. ULP., eod., 1, 14.
(5) GAIUS, II, 60.
(6) CIC., Parad., III, 1; Tusc., III, 17 : Nullo teste.

Bien que le dépôt fût primitivement en dehors de la sphère du droit, la loi des Douze Tables jugea utile d'édicter une peine du double contre le dépositaire (1). Quel est le caractère de l'action au double? On ne peut pas songer à y voir une action de dépôt contractuelle, car, même au premier siècle de l'Empire, le dépôt n'était pas traité comme un contrat. Cicéron ne la cite pas dans son énumération des actions contractuelles, et la loi municipale de J. César n'en parle pas à l'occasion des actions infamantes (2).

Est-ce une action délictuelle? Il y a ici une difficulté à résoudre : à côté de l'action dérivant des Douze Tables, il existe une action prétorienne; on ne voit pas pourquoi le préteur aurait créé une action moins avantageuse que l'action civile. Il est bien clair que personne n'aurait voulu employer une action donnant droit au simple, alors qu'on pouvait, par l'action civile, obtenir le double; on en a conclu que l'action à laquelle Paul fait allusion est l'action de vol non manifeste (3). Cette conclusion ne nous paraît pas nécessaire : il y a bien d'autres cas où le préteur a modifié une peine établie par les Douze Tables, soit pour l'atténuer, soit pour l'aggraver. En cas de vol manifeste, il a substitué une peine pécuniaire à la peine capitale édictée par les décemvirs; pour l'injure, il a remplacé la peine fixe de vingt-cinq as par une indemnité dont le montant est laissé à l'appréciation du juge. De même ici, au lieu de la peine du double qui avait paru trop rigoureuse, il autorisa le déposant à demander une indemnité égale au montant du préjudice causé. D'ailleurs, si, à certains égards, la responsabilité du dépositaire fut atténuée, il est infiniment probable qu'à d'autres points de vue elle fut aggravée. On ne peut, il est vrai, émettre ici qu'une conjecture, car aucun texte ne dit dans quels cas l'action au double était donnée; mais ce que nous savons du droit ancien permet de suppléer au silence des textes : nous connaissons sa tendance à préciser les faits, à ne rien laisser à l'appréciation du juge; nous devons en conclure que l'action était donnée dans le cas où le dépositaire s'était mis hors d'état de rendre la chose, parce qu'il l'avait détruite ou alié-

(1) Paul, II, 12, 11 : Ex causa depositi lege XII Tabularum in duplum actio datur, edicto prætoris in simplum.

(2) Cic., De off., III, 17. Voigt, II, 479, prétend que cette action au double était non pas une action de dépôt, mais l'action de fiducie qui aurait, dès le temps des décemvirs, sanctionné la mancipation fiduciaire. Nous établirons bientôt qu'on ne peut faire remonter aux Douze Tables l'action de fiducie : pour le moment il nous suffira de faire remarquer que, dans notre texte, Paul n'y fait pas la moindre allusion. Si Paul ne dit pas expressément que l'action créée par les décemvirs reçut le nom d'action de dépôt, il le donne à entendre par le rapprochement qu'il établit avec l'action prétorienne.

(3) Ihering, *La faute en droit privé*, 37.

née. Mais s'il l'avait simplement détériorée par dol, il n'était plus responsable (1). L'action de dépôt, dérivant des Douze Tables, était donc une action délictuelle, comme l'action *rationibus distrahendis,* à laquelle Paul la compare (2).

VII

LA FIDUCIE.

La fiducie est une de ces institutions qui ont disparu sous Justinien et sur lesquelles les compilations de cet empereur ne fournissent pas de renseignements directs (3). On ne la connaît que par de courts fragments de Gaius, de Paul et de Papinien, par quelques allusions que l'on rencontre dans les auteurs littéraires et par plusieurs inscriptions. Ces documents permettent de déterminer les cas d'application de la fiducie; mais il règne entre les auteurs des divergences assez grandes quant à la structure et à la sanction de cet acte.

I. *Notion de la fiducie.* — Le mot *fiducie* désigne une espèce d'acte qui accompagne toujours une aliénation et par lequel l'acquéreur s'engage à accomplir un fait, ordinairement à restituer la chose qui lui a été livrée.

La fiducie présente deux traits caractéristiques : 1° elle n'apparaît jamais comme un acte indépendant, se suffisant à lui-même; elle se rattache toujours à une mancipation ou à une *in jure cessio* (4); 2° elle impose aux deux parties le devoir de se comporter comme il convient à des honnêtes gens, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre par l'aliénation (5).

II. *Applications de la fiducie.* — Gaius signale deux variétés de fiducie, l'une qui a lieu avec un ami, l'autre avec un créancier. Ces deux sortes de fiducie sont à certains égards soumises à des règles différentes.

La fiducie a lieu avec un ami, lorsque je lui confie une chose qui m'appartient, pour qu'elle soit plus en sûreté chez lui (6). Elle a lieu

(1) Cette conclusion est confirmée par un texte de Paul, 7 ad Ed., D., L, 16, 14, qui attribue à Labéon et à Sabinus la règle : *Res corrupte reddita abesse videtur.* Cf. Ulp., h. t., 1, 16.

(2) Paul, 18 ad Plaut., D., XLIV, 7, 49.

(3) Un certain nombre de textes du Digeste qui, primitivement, se rapportaient à la fiducie ont été interpolés. Voy. Lenel, Z. Sav. St., III, 104; Oertmann, *Die* Fiducia *im röm. Privatrecht,* 1890, p. 21.

(4) Gaius, II, 59.

(5) Cic., De off., III, 15 : Reliquorum autem judiciorum hæc verba maxime excellunt... in fiducia *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.*

(6) Gaius, II, 60. Voy. cep. Heck, Z. Sav. St., 1889, p. 82.

avec un créancier, lorsqu'un débiteur remet à son créancier un objet pour garantir le payement de sa dette. Dans le premier cas, la fiducie ressemble au dépôt; dans le second, au gage.

Quelle utilité présentait ce mode de constitution du dépôt et du gage, à côté des actes fiduciaires analogues qui n'exigeaient pas de transfert de propriété? L'aliénation fiduciaire imposait au dépositaire ou au créancier gagiste des devoirs plus étendus que ceux qui découlaient du dépôt ou du *pignus;* elle lui conférait en même temps des prérogatives dont il ne jouissait pas dans le dépôt et dans le gage.

1° Dans le premier cas, le fiduciaire doit donner à la chose les mêmes soins qu'aux siennes propres; dans le second, si l'on en juge par les actions de dépôt et de gage *in factum,* le dépositaire et le créancier gagiste ne sont responsables que du défaut de restitution de la chose, et encore faut-il qu'il soit imputable à dol.

2° Dans le premier cas, le fiduciaire pouvait se servir de sa chose, en percevoir les fruits; dans le second, cela ne lui était pas permis. Il est vraisemblable qu'on regardait tout au moins comme contraire à la foi promise ce qui, plus tard, fut traité comme un *furtum usus* (1). Cette défense était préjudiciable aux intérêts des parties; en cas de constitution du gage, le débiteur ne pouvait utiliser sa chose et se procurer ainsi plus facilement le moyen de payer.

3° Dans le premier cas, le fiduciaire peut se faire indemniser des dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de la chose. L'aliénateur doit, aussi bien que l'acquéreur, se comporter en honnête homme : il ne peut donc réclamer sa chose sans tenir compte au fiduciaire des avances qu'il a pu faire. Le dépôt et le gage n'imposaient, au contraire, dans l'ancien droit, aucune obligation au déposant ou au débiteur; il n'en fut autrement que lorsque ces actes eurent été sanctionnés par une action de bonne foi.

4° Dans le premier cas, le dépositaire, le créancier gagiste peuvent revendiquer la chose, s'ils viennent à en perdre la possession; ils ne le peuvent pas dans le second. Bien qu'ils tiennent la place du propriétaire, comme le tuteur, on ne les a pas autorisés à exercer les actions de la loi pour son compte.

5° Dans le premier cas, le fiduciaire peut exercer l'action de vol; dans le second, le dépositaire tout au moins est privé de ce droit (2).

Les deux applications de la fiducie mentionnées par Gaius ne sont pas les seules. Nous avons déjà vu que la fiducie avec un

(1) Gaius, III, 196; Q. Muc., 16 jur civ. ap. Gell., VI, 15, 2.
(2) Gaius, III, 204, 207.

ami pouvait avoir lieu à titre de commodat ; tel était aussi le caractère de la mancipation de la *familia* (1) : bien que Gaius ne le dise pas, il ne semble pas douteux que, si l'aliénateur, qui était en danger de mort au moment de la mancipation, recouvrait la santé ou échappait au péril, l'acquéreur ne dût lui remanciper les biens dont il était devenu momentanément propriétaire.

Dans le droit postérieur, la fiducie paraît avoir reçu quelques autres applications, mais qui s'écartent de la notion primitive de la fiducie avec un ami : par exemple, en cas de constitution d'une dot réceptice (2) ; de même en cas de vente d'un terrain à charge d'y élever une construction et de transférer au vendeur la propriété pour moitié (3). Mais l'aliénation fiduciaire ne fut appliquée ni à la constitution de dot en général, ni à la tutelle, ni probablement au mandat, bien que dans tous ces cas le mari, le tuteur, le mandataire fussent *domini loco*.

Pour la constitution de dot, le devoir qui incombe au mari est soumis à des règles spéciales : il a été limité au cas de prédécès de la femme ou de divorce. Dès lors, il était impossible de laisser au juge une latitude d'appréciation aussi grande que dans l'action de fiducie; on a dû créer une action nouvelle (*rei uxoriæ*).

Pour la tutelle, on ne pouvait songer à la fiducie, l'enfant étant incapable d'en prendre l'initiative, ni même d'y donner une adhésion éclairée. Quant au mandat d'administrer les biens d'une personne, l'aliénation fiduciaire a dû être inapplicable, tant que les immeubles sont restés en droit ou en fait inaliénables (4).

III. *Structure de la fiducie.* — La fiducie figurait dans l'Édit entre le dépôt et le mandat, parmi les contrats de bonne foi (5). Pourtant on ne rencontre jamais la fiducie dans l'énumération des contrats. Une inscription découverte en Espagne en 1867 (6) présente la fiducie comme un pacte, mais ce pacte ne doit guère différer d'un contrat, car Gaius emploie le mot contracter à propos de la fiducie (7).

La fiducie ressemble à un contrat réel, au *mutuum :* comme

(1) Gaius, II, 102.

(2) Ulp., 3 Disp., D., XXIV, 3, 29, 1; Maximin, C. J., V, 12, 6; Diocl., C. J., V, 14, 7.

(3) Pomp., 9 ad Sab., D., XIX, 1, 6, 2.

(4) Le passage de Boèce cité par Voigt, I, 181, se rapporte au droit postérieur. Cf. Gaius, 9 ad Ed. prov., D., XVII, 1, 27, 1.

(5) Dans les commentaires de l'Edit, le dépôt et la fiducie sont traités dans le livre XXX d'Ulpien, XXXI de Paul, XIII de Julien ; le mandat et la société, dans le livre XXXI d'Ulpien, XXXII de Paul, XIV de Julien. Cf. Lenel, *E. P.*, 232.

(6) *C. I. L.*, II, 5042; Bruns, 251; Girard, 707.

(7) Gaius, II, 60 : Fiducia contrahitur.

lui, elle suppose un transfert de propriété à charge de restitution. Mais ce transfert, qui dans le *mutuum* n'est que le mode de réalisation du contrat, conserve dans la fiducie une valeur propre : ce n'est plus un élément constitutif de la fiducie, mais un acte distinct. De là, cette conséquence : dans la fiducie, l'unité de l'acte est brisée, contrairement à la volonté des parties.

Il y a là un vice dans la structure de l'acte : quelle en est la cause? C'est que la fiducie fut, dans le principe, la combinaison de deux actes qu'il était impossible de fondre ensemble en raison de la différence de leur nature : un acte juridique et un acte fiduciaire. Ce qui le prouve, c'est que la fiducie n'est jamais rattachée à la tradition (1). La tradition, n'ayant pas de caractère juridique, n'est plus qu'un mode d'exécution de la fiducie : elle s'efface devant elle. L'acte fiduciaire subsiste seul et tire son nom du but économique à réaliser.

Si, par la suite, on n'a pas remédié à ce vice de structure, notamment lorsque l'acte fiduciaire fut sanctionné par une action, c'est qu'il était difficile de reléguer au second plan un acte solennel comme la mancipation ou l'*in jure cessio*. On préféra conserver cet acte, tel quel, mais en même temps on conçut l'idée de contrats tendant au même but que la fiducie, sanctionnés comme elle par une action de bonne foi et où l'on se contenta de la remise de la détention (2).

(1) Cf. Oertmann, op. cit., 73 et 81.

(2) Est-il vrai que la fiducie ne soit qu'un pacte accompagnant une aliénation? Ne serait-il pas plus exact de la considérer comme faisant corps avec la mancipation ou l'*in jure cessio?* On l'a prétendu (Voigt, II, 168). Comment, a-t-on dit, les Romains auraient-ils sanctionné un simple pacte, fût-il joint à une dation, à une époque où la solennité était le caractère distinctif des actes juridiques? Cela serait d'autant plus étrange que, même en droit classique, la sanction des pactes adjoints aux contrats de bonne foi a rencontré des résistances. Cette manière de voir ne nous paraît pas fondée : la fiducie n'est ni un pacte joint à une dation, ni une partie intégrante de la mancipation ou de l'*in jure cessio*. Ce n'est pas un pacte adjoint dans le sens qu'on donne à cette expression en droit classique, c'est-à-dire un pacte accessoire venant modifier l'action résultant d'un contrat. Dans l'aliénation fiduciaire, le pacte de fiducie n'est pas l'accessoire : c'est la partie principale de l'acte, celle qui motive et qui explique la mancipation. L'acte tire en effet sa dénomination du pacte, et non de la mancipation. Est-il besoin d'ajouter que le pacte de fiducie ne vient pas non plus modifier les effets d'une action, la mancipation n'en produisant aucune? Cf. Ihering, III, 214; Bekker, I, 124; Ubbelohde, *Realcontracte,* 61. Il est non moins difficile de croire que la fiducie puise sa force dans la solennité de la mancipation. (Karlowa, *Röm. R. G.,* I, 790; Schulin, *Lehrb.*, 365. Cf. Oertmann, op. cit., 97.) Il y en a, ce semble, une preuve décisive : l'aliénateur peut reprendre lui-même sa chose et en recouvrer la propriété par une possession annale (Gaius, II, 59). La fiducie qui motive l'*usureceptio* a donc pour effet de mettre à néant le transfert opéré par la mancipation ; il est impossible qu'elle tire son efficacité de l'acte même qu'elle sert à détruire. On remarquera d'ailleurs qu'en présentant la fiducie comme une clause de la mancipation, on ne peut lui donner effet que par application de la règle *Uti lingua nuncupassit ita jus esto.* Mais c'est là une affirmation que rien ne justifie; elle con-

La fiducie est donc un pacte distinct de la mancipation : on peut s'en convaincre en lisant l'inscription précitée, qui nous fait connaître la teneur d'un pacte de fiducie (1).

A quelle époque la fiducie s'est-elle introduite dans l'usage? Dans la mancipation fiduciaire, la mancipation n'est pas une vente réelle : elle se fait pour un sesterce (*nummo uno*). L'usage de la fiducie n'est donc pas antérieur à l'époque où l'on a fait de la mancipation un acte imaginaire.

IV. *L'*arbitrium fiduciæ. — Dans le principe, le pacte de fiducie ne fut protégé par le droit que d'une manière indirecte : il était permis à l'aliénateur de se remettre en possession de sa chose sans être considéré comme commettant un vol (2), et une fois en possession il recouvrait la propriété même d'un immeuble au bout d'un an (3). On ne se borna pas a cette sanction indirecte : l'exécution de la fiducie, comme celle de la vente et du louage, fut assurée par un *arbitrium* (4). On s'en remettait à un arbitre qui statuait suivant les usages des honnêtes gens. La décision qu'il rendait n'avait d'ailleurs qu'une valeur morale, à moins que les parties n'eussent réciproquement stipulé une certaine somme à titre de peine en cas de contravention (5). Plus tard, l'*arbitrium fiduciæ* s'est transformé, comme les autres *arbitria*, en une action de bonne foi.

duirait à considérer comme obligatoires toutes les clauses insérées dans une mancipation, ce qui serait en opposition avec des textes formels. On est alors obligé de donner des explications plus ou moins subtiles pour justifier les différences dans l'efficacité des clauses insérées dans la mancipation.

(1) Voigt, II, 170, soutient que ce pacte n'est pas une fiducie, parce qu'on n'y trouve ni la clause qui caractérise la fiducie, ni la clause de remancipation. Mais nous verrons tout à l'heure que cette dernière clause n'était pas nécessaire, surtout dans la fiducie avec un créancier, ce qui est le cas prévu dans l'inscription. Quant à la première, elle est mentionnée au début par les mots *fidi fiduciæ causa mancipio accepit*. Si elle n'est pas reproduite dans la partie du pacte qui nous a été conservée, c'est qu'on y détaillait seulement les obligations respectives des contractants.

(2) Gaius, III, 201. Bechmann, *Der Kauf*, I, 284.

(3) Pourquoi le délai de l'*usureceptio* est-il uniformément d'un an, même pour les immeubles? Comment la *res fiduciaria* perd-elle sa nature propre et cesse-t-elle d'être une *res soli* pour entrer dans les *ceteræ res?* Il est difficile d'en donner une raison théorique; ce sont vraisemblablement des raisons d'utilité pratique qui ont guidé ici les jurisconsultes. Peut-être l'*usureceptio* ne s'appliquait-elle dans l'origine qu'aux meubles, comme la mancipation fiduciaire ; lorsque par la suite on l'a étendue aux immeubles, on a conservé le délai primitif de l'*usureceptio*.

(4) Cic., De off., III, 17.

(5) Certains auteurs pensent que la fiducie eut de très bonne heure une valeur juridique, et qu'elle fut sanctionnée par l'action de fiducie. Voigt, II, 475, Puntschart, 269, la font remonter aux Douze Tables. (Cf. Bekker, I, 145; Degenkolb, Z. f. R. G., IX, 130; Oertmann, 68.) Ils tirent argument de Paul, Coll., X, 7, 11, qui attribue aux Douze Tables l'action de dépôt au double. D'autres se fondent sur l'existence de cette action pour affirmer que l'action de fiducie ne peut remonter aux Douze Tables, sans quoi l'on ne s'expliquerait pas l'utilité de l'action au double ; ils pensent néanmoins que la fiducie fut sanctionnée à une époque assez ancienne à

C'est vraisemblablement pour la fiducie avec un créancier que l'on sentit tout d'abord la nécessité de sanctionner la fiducie. C'est là surtout que les parties se trouvaient placées entre leur intérêt et leur devoir : le fiduciaire devait être tenté de garder la totalité du prix de vente, même s'il excédait le montant de sa créance, sous le prétexte de se couvrir des impenses qu'il avait faites. De là, des contestations qui ne pouvaient guère être réglées que par un tiers désintéressé ; lui seul pouvait apprécier équitablement l'étendue des droits respectifs des parties sur le prix de la vente.

V. *Devoirs du fiduciaire et de l'aliénateur.* — 1° Les devoirs du fiduciaire consistent à restituer la chose à l'aliénateur, lorsque celui-ci le lui demande, s'il s'agit de la fiducie avec un ami; après payement, dans la fiducie avec un créancier (1). La restitution se faisait par une remancipation, même pour les choses *nec mancipi*.

Le devoir de restituer cesse, si la chose périt par cas fortuit. Si elle se détériore, le fiduciaire se libère en la restituant telle quelle : on ne lui demande que d'agir sans fraude (2).

Le fiduciaire doit donner à la chose les mêmes soins qu'il apporte à ses affaires (3).

2° Le fiduciaire acquiert la propriété par l'effet de la mancipation (4). Mais en vertu de la fiducie, il n'a qu'une propriété inté-

titre de *lex mancipationi dicta*. PERNICE, *Labeo*, I, 424; SOHM, *Institutionen*, 35. L'opinion indiquée au texte compte de nombreux partisans : mais s'il y a accord entre eux pour soutenir que la fiducie n'eut, dans le principe, aucune valeur juridique, il y a divergence sur le point de savoir comment s'est opérée la transition. IHERING, III, 214; IV, 139; *La faute*, 41; UBBELOHDE, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, 1870, p. 45; GÉNY, *Etude sur la fiducie*, 1885, p. 20, pensent que l'action de fiducie fut d'abord délictuelle, et qu'elle acquit plus tard seulement, vers le septième siècle, un caractère contractuel. LENEL, *E. P.*, 233, émet l'avis que l'action de fiducie *in jus* fut précédée par une action *in factum*. KUNTZE, Kr. Vschr., IX, 518; BECHMANN, I, 288, semblent admettre que l'action de fiducie a été dès le début une action contractuelle : elle ne serait pas d'ailleurs antérieure aux derniers siècles de la République. Pour nous, il en a été de la fiducie comme des autres contrats sanctionnés par une action de bonne foi : l'action a été précédée par un *arbitrium*. C'est en souvenir de cette époque que l'action entraîne l'infamie.

(1) PAUL, II, 13, 3; BOÈCE, in Top., p. 340, Or.

(2) Les jurisconsultes classiques admettent que la fiducie peut obliger l'acquéreur à remanciper la chose à un autre qu'à l'aliénateur (MODEST., 7 Dig., D., XXIV, 1, 49). L'action de fiducie appartient même dans ce cas à l'aliénateur, et non au tiers.

(3) CELS., 11 Dig., D., XVI, 3, 32. Dans ce texte le mot *deposito* est une interpolation de Tribonien, car le dépositaire ne répond pas de sa faute, mais seulement de son dol, par un souvenir de l'époque où le dépôt n'était sanctionné que par une action délictuelle. Au lieu de *deposito*, Celsus avait écrit *fiducia*.

(4) Au temps d'Ulpien, le fiduciaire a la charge de l'impôt, puisque la chose compte dans son patrimoine et doit être déclarée au cens. ULPIEN, 1 Opin., D., II, 14, 52, 2, suppose un pacte par lequel il est convenu que le créancier recouvrera

rimaire ; aussi, comme une sorte de mandataire, doit-il dans tous ses actes s'inspirer de l'intérêt de l'aliénateur. C'est pour cela qu'il ne doit pas en général disposer de la chose, la léguer (1), ni la vendre, sinon pour fournir de cette manière à l'aliénateur un moyen de se libérer envers lui : c'est ce qui a lieu dans la fiducie avec le créancier, à défaut de payement à l'échéance. Le fiduciaire peut ici user de sa qualité de propriétaire pour vendre la chose, parce qu'en vendant il n'agit pas contre le devoir d'un honnête homme. Le droit de vendre lui appartient indépendamment de toute convention particulière (2); mais, avant d'user de cette prérogative, le fiduciaire doit dénoncer à l'aliénateur son intention (3). Le fiduciaire conserve le prix de la vente jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et verse l'excédent aux mains de l'aliénateur (4). Le fiduciaire perçoit les fruits (5); il peut se faire rembourser ses impenses (6).

La fiducie avec un créancier présente trois particularités : 1° l'aliénateur ne peut réclamer sa chose qu'après avoir payé sa dette (*persoluto ære reluere*); 2° l'*usureceptio* n'est pas permise tant que le payement n'a pas eu lieu, ou si le débiteur a gardé sa chose à titre précaire; 3° le fiduciaire non payé peut vendre la chose après une dénonciation faite à l'aliénateur.

VI. *De la fiducie contractée avec un esclave.* — La fiducie peut être contractée avec un esclave aussi bien qu'avec un homme libre; mais dans ce cas, on peut se demander à qui incombaient les devoirs imposés d'ordinaire au fiduciaire. Le doute vient de ce que la mancipation consentie à l'esclave (7) faisait acquérir la propriété au maître, qui ne pouvait être tenu de l'obligation de restituer contractée par son esclave. Aussi cette application de la fiducie aurait-elle été peu usitée, si l'on n'eût imaginé d'adjoindre à la fiducie une clause spéciale opposable au maître qui, par dol, aurait refusé de rendre la chose : *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim* (8).

contre le débiteur les impôts qu'il aura payés. Ce texte s'appliquait, dans la pensée d'Ulpien, à la fiducie, car, pour le gage, il n'aurait aucun sens : le débiteur conservant la propriété doit tout naturellement payer l'impôt.

(1) Paul, II, 13, 6.

(2) Pomp., 35 ad Sab., D., XIII, 7, 8, 3, le suppose, car il indique des modifications conventionnelles à l'exercice de ce droit.

(3) Alex., C. J., VIII, 27, 4. Ce rescrit est interpolé, car s'il s'appliquait réellement au gage, ce serait non pas une, mais trois dénonciations qu'il faudrait faire.

(4) Paul, II, 13, 1.

(5) Alex., C. J., IV, 24, 3. Doit-il les impôts sur le capital, en cas de fiducie avec un créancier? C'est tout au moins la règle dans le droit postérieur.

(6) Paul, II, 13, 7.

(7) Gaius, III, 167.

(8) Cicéron, De off., III, 17, qui rapporte cette clause, ne dit pas dans quel cas

Tant que cette clause ne fut pas usitée, il était préférable de consentir à l'esclave un dépôt ou un gage sans mancipation fiduciaire : le déposant, le débiteur avaient la ressource d'exercer contre le maître soit la revendication, soit l'action de vol.

VII. *Emploi de la fiducie pour modifier la situation des enfants ou de la femme dans la maison.* — Les textes nous font connaître trois applications de la fiducie servant à modifier la situation des enfants et de la femme dans la maison : pour l'émancipation, pour la *coemtio* fiduciaire, pour la remancipation après divorce de la femme qui était passée sous la *manus* par usucapion ou par *coemtio*. Il y a une quatrième application de la fiducie pour l'adoption.

1° Dans l'émancipation, la fiducie se rencontre dans les deux procédés usités pour la réaliser, soit que le chef de maison mancipe son fils à un tiers à charge de l'affranchir, soit qu'il le mancipe à charge de le lui remanciper après la troisième mancipation (1). Beaucoup d'auteurs désignent cette forme d'émancipation sous le nom d'*émancipation fiduciaire,* ce qui donne à penser que l'autre ne l'est pas. Cette manière de s'exprimer n'est pas exacte, puisque dans les deux cas intervient un pacte de fiducie. La différence, c'est que dans le premier cas la fiducie a pour objet d'affranchir l'enfant mancipé par son père; dans le second, de le remanciper à son père, qui se réserve le soin de l'affranchir.

2° Pour l'adoption, l'analogie qui existe entre les formes de l'adoption et celles de l'émancipation permet d'affirmer que la fiducie trouvait ici son application. Le père mancipait trois fois son fils à un ami, à charge de le lui remanciper, ou bien il le mancipait à charge de le céder *in jure* à l'adoptant (2). Ces deux procédés supposent un pacte de fiducie : dans le premier cas, la fiducie a pour objet de remanciper l'enfant à son père; dans le second, de le céder *in jure* à l'adoptant.

3° Toutes les fois que la *coemtio* n'a pas lieu en vue du mariage,

elle s'applique; mais on peut le déterminer à l'aide d'un texte d'ULPIEN, 2 Disp., D., XV, 1, 36, où l'on retrouve la même clause qui a été légèrement modifiée dans sa teneur pour l'approprier à la procédure formulaire : « Et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. » Cf. LENEL, *E. P.*, 234. Ce texte se rapporte en apparence au gage, mais on peut s'assurer que ce mot a été substitué à celui de fiducie, car ailleurs (28 ad Ed., D., XIII, 6, 3, 5) le même jurisconsulte affirme, d'après le onzième livre de Julien, consacré à l'action *pigneraticia,* que cette action est donnée en raison du dol du maître de maison aussi bien que des personnes placées sous sa puissance. S'il s'était agi également de l'action de gage dans le fragment précité d'Ulpien, la clause additionnelle dont il parle eût été inutile.

(1) Voy. *supra,* p. 179.

(2) Voy. *supra,* p. 243.

elle implique un pacte de fiducie. Telle est la *coemtio* faite dans le but de changer de tuteur (1).

4° La *manus* acquise par *coemtio* subsiste malgré le divorce jusqu'à ce que la femme ait été remancipée par son mari ou par le père de son mari à un tiers chargé de l'affranchir (2). L'existence de la fiducie est attestée par la qualité de tuteur fiduciaire donnée à celui qui a affranchi la femme.

Dans ces diverses applications, la fiducie a-t-elle reçu la sanction de l'action de fiducie (3)? Nous ne le croyons pas. Dans les cas où l'on a jugé utile d'accorder la protection de l'État, ce n'est pas sous forme d'action qu'elle se manifeste : c'est le préteur lui-même qui use de son autorité pour forcer le fiduciaire à affranchir l'enfant émancipé.

VIII

LE MANDAT.

Le mandat est un acte par lequel une personne se charge de faire quelque chose (4), sur la demande d'un ami (5) et pour lui rendre service. « Dans les affaires que nous ne pouvons pas conduire par nous-mêmes, dit Cicéron, nous avons recours à nos amis, dont la fidélité doit suppléer à notre insuffisance. » On se fait des amis, ajoute-t-il, pour que de la réciprocité des bons offices résulte l'avantage de tous.

Le mandat est l'un des actes fiduciaires qui ont de tout temps conservé leur caractère primitif (6). Même en droit classique, la gratuité est de l'essence du mandat.

I. — En quoi consiste le service qu'on peut demander à un mandataire? D'après Cicéron, le service consiste en un acte de gestion (7) : en cela, le mandataire diffère du dépositaire, qui joue un rôle presque entièrement passif. L'acte de gestion doit s'appliquer à la *res mandata*. Faut-il entendre ici le mot *res* dans le sens de chose corporelle (8)? Le mandat suppose-t-il qu'un

(1) Voy. *supra*, p. 563.

(2) Gaius, I, 137. Voy. *supra*, p. 229.

(3) Bechmann, *Der Kauf*, I, 287.

(4) Cic., P. Rosc. Am., 38, caractérise par l'expression *se facturum recipere*, le rôle du mandataire.

(5) Cic., eod. : Nam neque mandat quisquam fere nisi amico.

(6) Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 1, 1, 4 : Mandatum... originem ex officio et amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces.

(7) Cic., loc. cit. : Rem mandatam gerere. Plaut., Bacch., 476; Merc., 377. Dans un sens large on considère comme des mandataires le tuteur, le curateur, le *familiæ emptor*.

(8) Ihering, *Zweck im Recht*, 1878, I, 167, 266-288; Pernice, *Labeo*, I, 443;

objet matériel est mis à la disposition du mandataire? Il peut assurément en être ainsi, et tel est le cas prévu par Cicéron, puisqu'il compare le mandataire infidèle à un voleur. Gaius dit que le même fait constitue un louage ou un mandat, suivant qu'il a lieu ou non gratuitement (1) ; or, le louage exige qu'une chose soit mise à la disposition du *conductor operis*.

Nous ne voudrions pas affirmer cependant que le mandat ait toujours exigé la remise d'une chose au mandataire et que, de bonne heure, il n'ait pas pu avoir pour objet une obligation à contracter, une créance à faire naître. La caution n'est-elle pas le mandataire du débiteur principal? l'*adstipulator*, le mandataire du stipulant principal? Sans doute, la loi Publilia et la loi Aquilia ne les ont pas envisagés comme des mandataires, mais cela tient à ce que, dans l'ancien droit, le mandat n'ayant aucune valeur juridique, le législateur s'est borné à réprimer le tort causé par le débiteur à la caution, par l'*adstipulator* au stipulant. C'est pour la même raison que, dans le principe, les prudents ont considéré le *fidepromissor* moins comme une caution proprement dite que comme un porte-fort (2).

II. — Le mandat était une mission toute de confiance et qui devait être accomplie loyalement et sans négligence (3).

L'acte une fois accompli par le mandataire produisait-il ses effets au profit ou à la charge du mandant? C'est un principe fondamental de l'ancien droit que les effets d'un acte juridique accompli par une personne appartenant à une maison déterminée sont circonscrits aux membres de cette maison; l'acte ne peut produire d'effet pour ou contre une personne appartenant à une autre maison. Si, par exemple, j'ai reçu mandat d'acheter un esclave, après l'avoir acquis par mancipation, je devrai le manciper à mon tour au mandant. Mais si j'ai reçu mandat de vendre, il faudra que le mandant commence par me transférer la propriété ou la possession de l'objet pour que je puisse, à mon tour, la transmettre à l'acheteur. Dans l'un et l'autre cas, la propriété

Wlassak, Neg. gest., 83, 65; Bechmann, *Der Kauf,* I, 491; Pernice, Z. Sav. St., 1888, p. 237; Schulin, 406.

(1) Gaius, III, 162.

(2) Cicéron, P. Rosc. Am., 39, suppose que Roscius a donné mandat à Capiton de transiger avec Chrysogon et, s'il le jugeait nécessaire, d'engager sa parole pour cette affaire. Capiton est autorisé à promettre l'exécution fidèle de la transaction de la part de son mandant. En transigeant, il promet le fait d'autrui, et comme une telle promesse ne serait pas valable d'après le droit strict, il s'engage personnellement à la faire tenir.

(3) Cic., loc. cit. : In privatis rebus, si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quæstus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum majores summum admisisse dedecus existimabant... Neque credit (quisquam) nisi ei quem fidelem putat.

repose un instant sur la tête du mandataire, la possession lui est momentanément confiée ; il est *domini loco* à charge de transmettre ce qu'il a acquis au mandant ou à l'acheteur.

S'il est devenu créancier ou débiteur à l'occasion de l'exécution du mandat, il sera tenu de communiquer au mandant le bénéfice de son acquisition, de même qu'il aura le droit de se faire décharger de son obligation ou de se faire rembourser ce qu'il aura dû payer en exécution de son mandat (1).

III. — Pendant plusieurs siècles, les devoirs réciproques résultant du mandat ont été privés de la sanction de la loi. Le préteur se borna à permettre une action *in factum* contre certaines personnes qui, après s'être chargées de faire quelque chose, ne tenaient pas leur promesse : contre l'arbitre qui refusait de rendre sa sentence ; contre le batelier qui ne restituait pas les objets dont il s'était chargé ; contre le banquier qui avait promis de payer pour autrui. Dans ces trois cas, l'acte qui intervient a conservé, même en droit classique, le nom de *receptum*. Si l'on ne l'a pas fait rentrer dans la notion générale du mandat, c'est que la violation de la foi promise a paru mériter ici une répression particulière : on n'a pas voulu accorder au batelier les avantages d'une action de bonne foi, à cause, dit Ulpien, de la malhonnêteté ordinaire des personnes qui exercent cette profession (2). Quant à l'arbitre, il n'était pas possible de le forcer comme un mandataire à exécuter la mission qu'il avait acceptée, mais on le punissait en lui infligeant une amende (3). Enfin les banquiers ont été de tout temps soumis à des règles spéciales : il y avait un intérêt public à ce que leurs engagements fussent remplis avec exactitude ; l'action *recepticia* permettait d'agir contre eux dans les cas où les actions ordinaires auraient fait défaut (4).

Le préteur paraît également avoir promis une action *in factum* aux cautions autres que les *sponsores* pour assurer leur recours contre le débiteur principal (5).

(1) Cf. J.-E. Labbé, *De la représentation dans les actes juridiques* (App. au t. III d'Ortolan), p. 865.

(2) Ulp., 14 ad Ed., D., IV, 9, 3, 1.

(3) Paul, 13 ad Ed., D., IV, 8, 32, 12.

(4) Le *receptum* a été, de bonne heure, pratiqué à Rome. On trouve dans les lettres de Cicéron une allusion au *receptum pro alio* des banquiers. Cic., Ad fam., XIII, 50. Voy. *infra*, p. 673, n. 4.

(5) Voici sur quoi s'appuie cette conjecture : Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 10, § 11 à 13, 12 pr., § 1 à 6, traite des recours des cautions, puis il se met à parler (12, 7) de l'action contraire de mandat, comme si les recours des cautions s'exerçaient autrement que par cette action (Lenel, *E. P.*, 236). Effectivement dans d'autres fragments (26, 2 ; 47 pr.) il emploie, au sujet du recours des cautions, l'ex-

Si cette conjecture est fondée, si en même temps on tient compte de ce que le recours des *sponsores* était assuré par l'action *depensi,* celui du stipulant contre l'*adstipulator* par l'action de la loi Aquilia, on reconnaîtra que la loi et le préteur ont senti de bonne heure la nécessité de sanctionner un certain nombre de rapports que le droit classique a fait rentrer dans le mandat. Restèrent dépourvus de sanction les cas où le mandataire était *domini loco,* c'est-à-dire où il était chargé de vendre, ou d'acheter, ou de gérer une propriété. Dans ces cas, de même que dans la fiducie, il se formait entre mandant et mandataire des devoirs réciproques qui, en cas de contestation, devaient être fixés par un arbitre (1), conformément aux usages des honnêtes gens.

L'action établie par le préteur en faveur du gérant d'affaires a-t-elle pu être invoquée par le mandataire, alors que l'action de mandat n'existait pas encore? Nous ne le croyons pas. Bien qu'en droit classique on rapproche souvent le mandat de la gestion d'affaires, la nature de ces deux actes, surtout dans l'ancien droit, est dissemblable, et les raisons qui ont déterminé le préteur à sanctionner dans certains cas la gestion d'affaires n'étaient pas applicables au mandat (2). L'obligation, qui incombe au gérant vis-à-vis de celui dont il a fait l'affaire, résulte du fait de la gestion. Le devoir du mandataire est indépendant de la gestion : il naît de l'acceptation de la mission proposée par le mandant (3). Dans la gestion, l'obligation naît *ex re;* dans le mandat, *ex officio* (4).

pression *abesse pecuniam,* qui caractérise l'action *in factum,* par exemple l'action de gage.

(1) Cic., P. Rosc. Am., 39.

(2) La loi municipale d'Este prouve-t-elle le contraire, comme le pense Esmein, *Mélanges*, 290? Même en admettant que les mots *quodve ipse earum rerum quid gessisse dicetur* désignent des causes identiques avec celles qui sont d'ordinaire comprises dans les actions de mandat et de tutelle, il ne s'ensuit pas qu'on ait jamais eu le choix entre l'action de gestion d'affaires et l'action de mandat ou de tutelle, s'il est démontré que ces deux actes diffèrent l'un de l'autre par la pensée qui préside à leur formation.

(3) Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 6, 1 : Si cui fuerit mandatum ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus : nec recte cum eo negotiorum gestorum agetur, verum idcirco quod mandatum susceperit : denique tenetur etsi non gessisset. Cf. Cic., P. Rosc. Am., 38 : *Suscipere onus officii.*

(4) On a, il est vrai, prétendu qu'en droit classique la gestion d'affaires ne diffère du mandat que par le défaut d'accord des volontés. Les jurisconsultes comparent en effet l'obligation qui naît de la gestion d'affaires à celle qui résulte du mandat. Pourtant, même aux yeux des jurisconsultes classiques, l'existence du consentement réciproque ne suffit pas pour transformer la gestion d'affaires en mandat, pas plus que l'opposition du propriétaire n'empêche l'obligation de naître du fait de la gestion. Labéon ap. Paul, 2 ad Nerat., D., III, 5, 19, 2, donne l'action de gestion d'affaires dans un cas où l'acte a été fait du consentement de l'intéressé, par cela seul qu'on peut dire que le gérant a entendu remplir un bon office. Dans l'espèce, le service avait été rendu par un homme libre à celui dont il passait pour être l'esclave. De même Papinien, 9 Quæst., D., XVI, 1, 7, donne l'action de gestion d'affaires à un fidéjus-

En promettant une action au gérant, le préteur s'est inspiré de l'intérêt public : cet intérêt n'existait pas pour le mandat. Il n'y avait aucun motif qui justifiât l'intervention du préteur pour assurer l'observation d'un devoir de conscience. Sans doute le préteur a notablement étendu la sphère primitive d'application de l'action de gestion d'affaires ; il est arrivé un moment où l'on aurait pu songer à utiliser cette action pour le mandat; mais lorsque cette extension fut réalisée, l'*arbitrium mandati* fut lui-même transformé en une action de bonne foi (1).

IX

LA SOCIÉTÉ.

Le mot société a, chez les Romains, deux acceptions distinctes. Dans un sens large, il désigne l'état de plusieurs personnes qui ont en commun la propriété d'une même chose : tels sont les copropriétaires, les cohéritiers, les colégataires. Les uns et les autres sont *socii* (2).

Dans un sens plus étroit, la société est un acte fiduciaire par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun pour atteindre un but déterminé. Ce but consiste généralement à réaliser un bénéfice, mais l'esprit de lucre n'est pas essentiel à la notion de la société. La mise en commun de la propriété ou de la jouissance d'une chose implique une confiance réciproque de la part des contractants, chacun étant tenu de rendre fidèlement compte aux autres des valeurs

seur qui avait cautionné le *defensor* d'un pupille sur le mandat de sa mère : on ne peut pas dire que le fidéjusseur ait entendu accomplir un devoir, puisqu'il a fait un acte illicite d'après le sénatus-consulte Velléien ; le fait matériel de la gestion peut seul motiver l'action qui lui est accordée. Si l'on ne tient pas compte de l'accord des volontés pour donner à la gestion le caractère d'un mandat, on ne se préoccupe pas davantage de l'opposition du maître pour refuser l'action de gestion d'affaires à celui qui a utilement géré. Celui-là même qui gérait malgré la défense du maître n'en avait pas moins un recours contre lui : telle était la décision de l'ancien droit. Julien fit prévaloir l'opinion contraire, qui a été consacrée par Justinien (C. J., II, 19, 24). Nous verrons plus tard qu'après la transformation de l'action prétorienne de gestion d'affaires en une action civile de bonne foi, la jurisprudence a cherché à appliquer à la gestion les règles établies pour le mandat.

(1) Le grand pontife Q. Scævola, consul en 659, connaissait l'*arbitrium mandati*. Cic., De off., III, 17; ad Her., II, 13.

(2) *Socius* est pris dans le sens de copropriétaire par Plaute, Rud., 929. Gell., I, 9, donne le nom de société à l'état dans lequel se trouvent les ayants droit à une hérédité restée indivise. Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 16, en fait autant pour des colégataires.

communes qu'il a entre les mains. Nous ne nous occuperons ici que de la société considérée comme un acte fiduciaire.

§ 1er. — *Origine du contrat de société.*

On a écrit bien des pages sur l'origine du contrat de société. On a fait des efforts pour préciser les circonstances qui ont pu déterminer deux personnes à mettre tout ou partie de leurs biens en commun pour atteindre un but déterminé. On a pressé les textes contenant une allusion plus ou moins lointaine à la société pour en tirer une nouvelle conjecture. On a cru que ce contrat ne s'était pas formé aussi simplement que les autres. Il en est ainsi toutes les fois qu'on étudie une institution isolément : les particularités attirent l'attention; les traits généraux nous échappent; on ne peut les saisir que par l'examen comparé des institutions appartenant à une même époque. On arrive alors à reconnaître qu'il y a une certaine uniformité dans la façon de concevoir les rapports de la vie sociale. Si le contrat de société, lorsqu'il apparaît pour la première fois, présente une structure analogue à celle qu'on s'accorde à reconnaître au mandat, si la sanction qu'il reçoit est la même, pourquoi aurait-il une origine différente? Pourquoi ne dériverait-il pas, lui aussi, de rapports fondés sur l'amitié et d'un acte de confiance réciproque de la part des associés?

Les premières sociétés que l'on voit apparaître à Rome ont pour objet la mise en commun de tous les bénéfices à provenir des capitaux réunis de plusieurs personnes. Bientôt après on rencontre des sociétés de tous biens formées entre frères ou entre époux, des sociétés de travailleurs ayant pour objet la mise en commun des gains acquis dans l'exercice d'une profession; enfin des sociétés mixtes où un travailleur s'unit à un capitaliste pour tirer un meilleur parti de son art ou de son industrie.

§ 2. — *Sociétés financières.*

I. — Les sociétés financières sont les premières qu'on trouve mentionnées dans l'histoire de Rome. Ce sont des sociétés de fournisseurs des armées, d'entrepreneurs de travaux publics, de publicains, de banquiers (1).

En 539, trois sociétés, comprenant en tout dix-neuf membres,

(1) Pernice, Z. Sav. St., 1882, p. 92. Leist, *Zur Geschichte der römischen* Societas, 1881, p. 34.

se chargèrent des fournitures de l'armée de Scipion en Espagne (1). Ces sociétés devaient disposer de capitaux considérables : le trésor public étant épuisé, l'État s'était réservé le droit de ne rembourser les avances que lorsque ses ressources le lui permettraient. Des traités du même genre furent conclus en 543 et en 557 (2). C'était la première fois que l'État avait recours au crédit. Tite-Live vante le patriotisme des citoyens qui consentirent à faire des avances au trésor pour assurer le fonctionnement régulier des services publics (3).

Les entreprises de travaux publics devaient pareillement donner lieu à la constitution de sociétés financières. Les conditions dans lesquelles furent conclus divers traités passés par l'État au cours du sixième siècle, supposent que les adjudicataires disposaient de capitaux dépassant la fortune d'un simple particulier. En 538, le trésor était vide; les censeurs s'étaient abstenus de mettre aux enchères les travaux de réparation et d'entretien des édifices publics. Ceux qui avaient coutume de se charger de ces entreprises vinrent en nombre solliciter les censeurs de procéder à l'adjudication, déclarant qu'ils ne demanderaient pas à être payés tant que la guerre durerait (4).

Les membres de ces sociétés portaient le nom de publicains, parce qu'ils traitaient avec l'État (*publicum*, *res publica*) (5). Cependant on réserve le plus souvent cette dénomination aux membres des sociétés qui prenaient à ferme le recouvrement des revenus de l'État (*vectigalia*), tels que la dîme pour les possesseurs de terres dépendant du domaine public, la taxe (*scriptura*) payée pour l'usage des pâturages publics, les droits de douane (*portoria*) (6).

Les sociétés de publicains existaient déjà au temps des guerres puniques. Leur concours paraissait si indispensable que le sénat

(1) Liv., XXII, 49.
(2) Liv., XXVII, 10; XXXIV, 6.
(3) Liv., XXII, 49. Cf. Willems, *Le sénat,* II, 452.
(4) Liv., XXIV, 18.
(5) L'État traitait non pas avec la société, mais avec son directeur (*manceps*, *princeps societatis*), qui s'engageait en son nom personnel. Marquardt, V, 300.
(6) Leist, op. cit., 41; Willems, *Le sénat*, I, 356; II, 343. Tacite, Ann., XIII, 50, attribue aux consuls et aux tribuns de la plèbe l'institution de ces sociétés. Cf Mommsen, II, 102; III, 1118; Pernice, loc. cit., 75. Nous n'avons pas de renseignements assez précis pour déterminer la portée de cette assertion de Tacite. Cependant un passage de Tite-Live (XXXIX, 44) montre que les magistrats exerçaient une influence décisive sur la formation ou le maintien de ces sociétés, car il dépendait d'eux de les déclarer adjudicataires, alors même que d'autres offraient un prix plus élevé. Cf. Willems, *Le sénat*, II, 374. D'un autre passage de Tite-Live (XLIII, 16) il semble résulter qu'il était d'usage, à la fin de chaque lustre, de renouveler l'adjudication au profit de la même société. Aussi lorsqu'un censeur s'avisait

ferma les yeux plus d'une fois sur les fraudes dont elles se rendaient coupables (1).

La formation et le développement rapide des sociétés au cours du sixième siècle s'expliquent ainsi par une cause bien déterminée : l'épuisement du trésor public obligea le sénat à faire appel au crédit. Pour augmenter les chances de gain et diminuer en même temps les risques de l'entreprise en les répartissant sur plusieurs personnes, les capitalistes associaient leurs capitaux.

Malgré l'absence de textes, il n'est pas douteux que les sociétés se formaient entre personnes unies par des rapports d'amitié. Pour se rendre adjudicataires, il fallait avoir des amis très sûrs, en qui l'on pût se fier sans réserve soit pour l'exécution des engagements, soit pour la bonne gestion des affaires sociales. C'est pour cela que la société présente au plus haut degré le caractère d'un acte fiduciaire : une confiance réciproque en est la condition essentielle.

A côté de ces grandes sociétés financières qui traitaient avec l'État, il en est d'autres dont le rôle était plus modeste, mais qui, exigeant des capitaux moins considérables, devaient être assez nombreuses : c'étaient les sociétés de banquiers (*argentarii socii*). Le commerce de la banque avait pris une certaine importance à Rome dès le cinquième siècle (2). Les banquiers recevaient des fonds en dépôt et se chargeaient d'effectuer les payements pour le compte de leurs clients ; ils prêtaient ou recevaient de l'argent à intérêts (3).

II. — Les rapports entre associés, comme les autres rapports formés entre amis, ont dû rester pendant un certain temps en dehors de la sphère du droit. Mais la nécessité d'une sanction a dû se faire sentir de bonne heure ; alors que des conflits d'intérêts pouvaient surgir à chaque instant, il était bon de donner aux associés la faculté de réclamer l'arbitrage d'un homme de bien qui dirait à chacun quel était son devoir (4).

d'exclure les anciens adjudicataires (*veteres publicani*), ceux-ci protestaient-ils énergiquement contre ce qui leur paraissait un abus de pouvoir. Ces sociétés acquéraient ainsi une sorte de monopole : de là les richesses considérables de certaines familles de chevaliers.

(1) Liv., XXV, 3.

(2) Liv., IX, 40.

(3) L'existence de ces sociétés de banquiers est attestée par Cic., Ad Her., II, 13. Voy. *supra*, p. 497, n. 6.

(4) L'*arbitrium pro socio* est mentionné par Cic., P. Quinct., 3. Il est si vrai qu'on a voulu sanctionner ici un devoir de morale, qu'on prend la peine de dire que l'associé n'est pas obligé de verser dans la masse le produit de ses larcins. Ulp., 30 ad Sab., D., XVII, 2, 57. Il ne paraît pas qu'il y ait eu pour la société, comme pour le dépôt, une action pénale. Quelques passages où Cicéron (P. Cæc., 7 ; P. Rosc. com., 25, 26) emploie les mots *delictum*, *furtum*, l'ont cependant donné

Le caractère fiduciaire de la société se reconnaît à ces deux traits : 1° elle se dissout à la mort de l'un des associés; 2° l'associé qui manque à son devoir encourt l'infamie. Ce dernier trait est commun à la société et au dépôt, au mandat, à la fiducie, à la tutelle (1).

La *capitis deminutio* produisait dans l'ancien droit un effet analogue, mais pour une cause différente. Ici, l'être humain à qui l'on a accordé sa confiance subsiste, mais cela ne suffit pas pour le maintien de la société : il faut la capacité de disposer librement de son patrimoine, et cette capacité, la *capitis deminutio* la lui a fait perdre (2).

D'après les jurisconsultes classiques, la règle suivant laquelle la société se dissout à la mort de l'un des associés ne s'applique qu'aux sociétés privées. Il en est autrement dans les sociétés de publicains (3), si du moins les associés s'entendent pour accueillir (*adscire*) l'héritier de l'associé défunt, en inscrivant à son nom sur les livres de la société la part qui revenait au défunt (*partem adscribere*). Encore faut-il pour cela que le défunt n'ait pas été indispensable à l'administration des affaires sociales (4).

à penser. Mais ce sont là des exagérations de langage que comporte le style oratoire. (Cf. PERNICE, *Labeo*, I, 442. Contra, IHERING, *De la faute*, 37.) Ce qui prouve bien qu'il ne faut pas prendre au pied de la lettre les paroles de Cicéron, c'est qu'il met sur la même ligne la fiducie, qui n'a pas donné lieu à une action délictuelle. En cas de vol, l'associé est tenu de l'action *furti*, sans préjudice de l'action *pro socio*. ULP., eod., 45.

(1) GAIUS, IV, 182. Cf. KUNTZE, I, 262; LENEL, *E. P.*, 63. Il en est de même du premier, que l'on retrouve dans les autres actes fiduciaires : lorsqu'un acte repose uniquement sur la confiance qu'on a en une personne déterminée, il n'a plus de raison d'être dès que cette personne a cessé d'exister. Cela est si vrai qu'il ne dépend pas de la volonté des parties d'empêcher la dissolution de la société : elles ne peuvent pas convenir que l'héritier de l'associé défunt lui succédera. POMP., 12 ad Sab., D., XVII, 2, 59 pr. Cf. PERNICE, Z. Sav. St., 1882, p. 96.

(2) Nous croyons en effet que la question ne pouvait se poser qu'au cas d'adrogation : comment un fils de famille, qui à cette époque était incapable, aurait-il pu être membre d'une société? Même en supposant l'autorisation du chef de sa maison, cela eût entraîné des complications qui auraient entravé la gestion des affaires sociales. Comment aussi aurait-il pu jouer le rôle de *præs* et s'engager envers l'État? Il en fut autrement lorsque le pécule des fils de famille prit une plus grande extension, et que la forte constitution de l'autorité paternelle commença à recevoir des atteintes : on admit que le fils de famille serait capable de s'obliger comme s'il était *sui juris* Dès lors la *capitis deminutio* dut cesser d'exercer une influence sur la dissolution de la société, soit qu'elle provînt d'une émancipation, soit qu'elle fût la conséquence d'une adrogation. C'est en effet la doctrine de JULIEN (31 ad Ed., D., XVII, 2, 58, 2) et de PAUL (32 ad Ed., D., eod., 65, 11). GAIUS, III, 153, se borne à rapporter l'opinion commune (*dicitur*). Cf. COHN, *Beitr.*, 289; FERRINI, Archiv. Giur., 1887, XXXVIII, 20. Contra, ACCARIAS, II, 353. Il est d'ailleurs à remarquer que, même à l'époque classique, les sociétés de publicains ne comprenaient, en règle générale, que des chefs de famille. JUL., 12 Dig., ap. ULP., 29 ad Ed., D., XIV, 6, 3, 1. Cf. ACCARIAS, II, 340.

(3) POMP., 12 ad Sab., D., XVII, 2, 59 pr.

(4) Il y a là une déviation de l'idée primitive : comment l'expliquer? On a pré-

§ 3. — *Sociétés de tous biens.*

I. — Les sociétés de tous biens ne sont pas, comme les sociétés financières, contractées dans un but de spéculation : elles se forment entre personnes appartenant à une même famille, principalement entre frères.

Les sociétés de tous biens ne paraissent pas avoir été d'un usage bien fréquent à l'époque classique, si l'on en juge par le petit nombre de décisions qui s'y rapportent. Il est permis de croire qu'il en était autrement sous la République : ce n'est pas une de ces institutions qu'un législateur puisse imaginer. De nos jours, on concevrait difficilement l'existence de pareilles sociétés qui comprennent tous les biens présents et à venir des associés : elles supposent entre les membres d'une même famille une cohésion bien rare à rencontrer. A Rome, la société de tous biens procède de la volonté de maintenir, après le décès du chef de maison, l'état dans lequel se trouvaient ses enfants pendant sa vie (1).

Du vivant du père, tous les biens acquis par les enfants ou provenant de leur travail venaient accroître le patrimoine domestique, de même que les dettes contractées avec l'autorisation du père étaient à sa charge. En formant une société de tous

tendu que les sociétés de publicains ont de tout temps été dans une situation particulière : pour donner à l'association une existence légale, alors que la société n'était pas encore un contrat obligatoire, on lui attribua, dès l'origine, le caractère d'une corporation. Elle se trouvait ainsi placée sous la protection d'une disposition des Douze Tables qui permet aux membres d'une corporation de fixer librement leurs statuts, pourvu qu'ils ne contiennent rien de contraire aux lois de l'État. (Voigt, *J. N.*, III, 198.) Cette opinion est contestable : aux premiers siècles de Rome, les corporations avaient un caractère religieux (voy. *supra*, p. 49. Cf. *Notizie degli Scavi*, 1880, p. 472) ; les sociétés de publicains n'ont, à notre connaissance, jamais eu ce caractère. D'autre part, Pomponius (loc. cit.) et Ulpien (31 ad Ed., D., XVII, 2, 63, 8) présentent le maintien de la société au décès de l'un des associés comme une dérogation au droit commun. D'après Gaius (3 ad Ed. prov., D., III, 4, 1 pr.), les sociétés de publicains ont le caractère de corporations en vertu d'une concession de l'État ; or l'État n'eut aucun intérêt à leur reconnaître ce caractère, tant qu'il traita avec le *manceps* personnellement en faisant garantir sa créance par des *prædes*. Lorsque le *jus prædiatorium* tomba en désuétude et que l'État traita avec la société, on sentit l'utilité de donner aux sociétés de publicains une stabilité qui, jusqu'alors, leur avait fait défaut : on prit des mesures pour empêcher la dissolution de la société au décès de l'un des associés, et, par suite, pour assurer l'exécution des engagements contractés envers l'État. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 298.

(1) La plupart des exemples de sociétés de tous biens mentionnés dans les compilations de Justinien sont relatifs à des sociétés formées entre frères. Scæv., 4 Resp., D., XXXI, 89, 1 ; 2 Resp., D., XXVI, 7, 47, 6 ; Pomp., 35 ad Q. Muc., D., XXIX, 2, 78 ; Paul, 6 Quæst., D., XXVII, 1, 31, 4 ; Gordien, C. J., VI, 22, 1. Scæv., 18 Dig., D., XXXIV, 1, 16, 3, cite une société de tous biens entre époux qui avait duré plus de quarante ans. Cf. la *laudatio Turiæ*, lin. 37.

biens, les enfants manifestaient leur volonté de ne rien changer à leur situation antérieure quant aux acquisitions et quant à leurs droits sur l'héritage paternel : il faut pour cela qu'ils aient confiance les uns dans les autres, qu'ils soient persuadés que chacun voudra travailler à l'accroissement de la masse commune et ne contractera de dettes que dans l'intérêt de tous les associés.

Les documents historiques confirment cette hypothèse. Aux premiers siècles de Rome, les enfants d'un même chef continuaient d'ordinaire à demeurer ensemble après sa mort. Ils restaient groupés autour du même foyer, laissant en commun les biens formant l'héritage paternel et ceux qu'ils pourraient acquérir par la suite. On appelait *fratres consortes* les ayants droit à une même hérédité demeurée indivise (1).

C'est assurément dans cet usage qu'il faut chercher l'idée première de la société de tous biens. Mais entre le *consortium* antique et la société de tous biens des derniers siècles de la République, il paraît y avoir une différence essentielle : le *consortium* était imposé par la coutume dans tous les cas où l'on n'était pas recevable à demander le partage de l'héritage paternel; la société de tous biens dépendait absolument de la volonté des parties; elle a dû se substituer au *consortium*, lorsque les entraves à l'aliénabilité de la propriété foncière commencèrent à disparaître. Elle était en tout cas usitée au temps de Servius Sulpicius (2).

II. — La société de tous biens comprend les biens présents et à venir de tous les associés. Toutefois, il y a une exception pour les acquisitions provenant de causes illicites (3), par exemple d'un vol. L'associé qui a commis le délit ne peut être tenu d'en verser le montant dans la masse commune; celui qui demanderait à profiter du vol serait aussi malhonnête que celui qui l'a commis.

Dans les biens à venir sont comprises les acquisitions à titre gratuit résultant d'hérédités, de legs, de donations (4). Sont également comprises les sommes qu'un associé a touchées à titre de réparation d'un tort commis à son préjudice (5).

La société, profitant de tous les biens des associés, supporte toutes leurs dettes présentes et futures, excepté celles qui ont pour cause un tort commis par l'un des associés (6).

Pour effectuer la mise en commun des biens appartenant à chaque associé, il n'est besoin d'aucun acte solennel, ni man-

(1) Voy. *supra*, p. 86 et 289.
(2) Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 52, 18.
(3) Neratius, ap. Ulp., eod., 52, 17; 53.
(4) Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 2, 3, 1.
(5) Ulp., eod., 52, 16.
(6) Ulp., eod., 52, 18; 55.

cipation, ni tradition (1). On a prétendu qu'il y avait là une dérogation au droit commun ; on aurait appliqué à la société de tous biens une règle admise antérieurement pour le *consortium*. Cette explication est difficile à admettre. Si les enfants ont, de plein droit, au décès de leur père, la copropriété de ses biens, ce n'est pas en vertu d'un transfert qui s'opérerait sans formalités, mais par une conséquence de l'organisation de la famille : c'est un vestige de la propriété familiale; il n'y a pas transmission des biens du père à ses enfants. On ne peut en dire autant en matière de société, ni, par suite, généraliser l'application d'une règle qui se justifie par des raisons particulières à l'hérédité domestique.

Si, dans la société de tous biens, on se dispense de toute formalité pour mettre en commun les choses corporelles appartenant aux associés lors de la formation du contrat, ce n'est pas à dire que chaque associé acquière un droit à la propriété quiritaire des biens apportés par ses coassociés (2); il ne s'agit pas, en effet, de placer son droit sous la garantie de l'État, de lui conférer la propriété quiritaire, mais seulement de mettre la société en mesure de retirer de la chose les mêmes avantages que si elle en avait la propriété ; la réalisation du but social n'exige rien de plus. Il en est de même pour les acquisitions faites par les associés durant la société (3). La situation de l'associé qui effectue son apport peut être comparée à celle d'un vendeur qui, au lieu de livrer la chose à l'acheteur, se borne à déclarer que, désormais, il possédera pour le compte de l'acheteur (4).

III. — La société de tous biens est soumise aux mêmes règles que la société de tous gains qui lui a servi de modèle. Il y a eu

(1) Paul, eod., 1, 1; Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XVII, 2, 2.

(2) Cf. Pernice, Z. Sav. St., III, 87. Schulin, *Lehrb.*, 418, rapproche le texte de Gaius du rescrit d'Antonin le Pieux cité dans *Vat. fr.*, 314.

(3) On soutient généralement le contraire en s'appuyant sur Paul, 62 ad Ed., D., XVII, 2, 74, mais on fait dire à ce texte plus qu'il ne contient. La chose achetée par un associé, dit le jurisconsulte, devient sa propriété : elle n'est pas commune. C'est la conséquence du principe qui limite les effets des contrats aux personnes qui y ont pris part. Paul ajoute que l'associé peut être forcé de *rem communicare :* cela ne veut pas dire qu'il sera tenu de transférer la propriété d'une part de la chose à son coassocié, mais qu'il pourra être contraint à mettre son associé en état de profiter de la chose.

(4) Les jurisconsultes classiques disent qu'il y a là une tradition tacite; les interprètes modernes, un constitut possessoire. La chose était *in bonis* de l'acheteur. L'analogie entre la situation de la société et celle d'un acheteur se manifeste dans la question des risques : si l'objet promis est un corps certain, la perte survenue par cas fortuit après la formation du contrat, et avant même que la société ait été mise en état de profiter de la chose, est à la charge de la société. On applique ici la règle de la vente : *Res perit creditori*. L'associé propriétaire du corps certain conservera son droit à sa part dans le fonds social. Cels., 7 Dig., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 58 pr. Cf. J.-E. Labbé, *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due et à la confusion,* 1870, p. 134.

cependant, à un seul point de vue, réaction de la société de tous biens sur les autres sociétés. Un édit du préteur avait établi au profit des associés de tous biens le bénéfice de compétence (1), en vertu duquel ils ne pouvaient être poursuivis par leurs coassociés que dans la mesure de leurs facultés. Sabinus émit l'opinion que ce bénéfice devait être étendu à toutes les sociétés, et cette opinion fut consacrée par Justinien (2).

On s'est fondé sur ce fait pour soutenir, à l'inverse de ce que nous venons d'exposer, que la société de tous biens est le modèle sur lequel toutes les autres sociétés ont été formées, et comme elle se rattache elle-même, par certains côtés, au *consortium*, le contrat de société ne serait, en somme, qu'une extension de l'antique usage du *consortium* existant, au décès d'un chef de maison, entre les enfants appelés à recueillir l'héritage paternel. Cette hypothèse nous paraît contestable : on ne voit pas comment on aurait eu la pensée de créer artificiellement une situation analogue au *consortium* pour des personnes n'appartenant pas à la même famille et pour des biens détachés de patrimoines entièrement distincts. Comment se serait opérée la transition entre deux états si différents? Il n'y en a aucune trace dans les textes.

Y a-t-il du moins quelque analogie entre les règles applicables au *consortium* et celles qui gouvernent le contrat de société? Rien n'est moins démontré. Si la société, considérée comme acte fiduciaire, avait son origine dans les rapports de famille, elle devrait se continuer avec les héritiers des associés (3) : on sait au contraire qu'elle est dissoute à la mort de l'un des associés. Dans la société, les bénéfices se divisent en parts égales entre les associés toutes les fois que le contrat n'en a pas autrement décidé (4). Dans le *consortium*, chacun des participants reçoit sur les produits des biens ce qui lui est nécessaire pour ses besoins et pour ceux de sa famille (5).

Voici, d'ailleurs, divers faits qui prouvent qu'aux yeux des Romains eux-mêmes la société qui a servi de type, de point de

(1) POMP., 21 ad Q. Muc., D., XLII, 1, 22, 1; ULP., 63 ad Ed., D., eod., 16. Cf. PERNICE, op. cit., 89; VANGEROW, *Lehrb.*, I, 293.

(2) ULP., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 63 pr.; INST., IV, 6, 38. Ulpien justifie la règle introduite par le préteur en invoquant une sorte de *jus fraternitatis* qui unit entre eux les associés de tous biens.

(3) Le maintien de l'indivision entre *consortes*, après le décès de l'un d'eux, est attesté par Q. MUCIUS ap. POMP., 35 ad Q. Muc., D., XXIX, 2, 78. Cf. PERNICE, *Zum röm. Sakralrecht* (Ber. d. Akad. Berlin), 1886, p. 1196.

(4) Cette règle remonte vraisemblablement à l'ancien droit : en tout cas, elle existait déjà au temps de Proculus (5 Epist., D., XVII, 2, 76). Q. Mucius considérait comme contraire à la nature de la société que les gains et les pertes fussent répartis inégalement. (GAIUS, III, 149.)

(5) Arg. ULP., 1 Resp., D., eod., 73. Cf. SEN., Ep., V, 7; SUET., Claud., 28.

départ, c'est la société de tous gains : 1° Ulpien la présente comme le droit commun en matière de société. Toutes les fois qu'on ne s'est pas expliqué, on présume que les parties ont voulu mettre en commun tous les gains qu'elles pourront réaliser (1). 2° La société de tous biens ne se présume jamais, même entre frères. En l'absence d'une clause expresse, la convention par laquelle ils décident de conserver indivis l'héritage paternel et de mettre en commun les profits et les pertes, s'interprète comme une société d'acquêts (2). 3° L'associé qui se laisse poursuivre par l'action *pro socio* encourt l'infamie. Il n'est guère croyable qu'une telle flétrissure ait été admise tout d'abord pour les sociétés établies entre frères : il est plus vraisemblable qu'elle a été d'abord établie pour les sociétés de tous gains, et qu'elle a été étendue par la suite, avec les autres règles, aux sociétés de tous biens.

Ainsi tout concourt à prouver que la première espèce de société que les Romains aient connue est la société de tous gains (3).

§ 4. — *Sociétés de travailleurs et sociétés mixtes.*

I. — Les sociétés de travailleurs ont pour objet la mise en commun des profits du travail des associés et des dépenses corrélatives ; les acquisitions à titre gratuit sont exclues. Telles étaient les sociétés formées entre affranchis d'une même maison (4).

II. — Les sociétés de capitalistes et les sociétés de travailleurs furent pendant un certain temps bien distinctes. On n'admettait pas que, dans une même société, l'un des associés fît un apport en argent, tandis que l'autre n'apportait que ses services. La raison qui motivait cette distinction était tirée de considérations purement sociales. Les Romains attachaient alors au mot *operæ* une signification particulière : ils entendaient par là les services qu'on exige d'un mercenaire (*quæ locari solent*). Ceux qui n'avaient à offrir que des services de ce genre ne pouvaient aspirer à entrer en société avec des capitalistes ; la formation de la société sup-

(1) Ulp., 30 ad Sab., D., eod., 7.

(2) Pap., 3 Resp., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 52, 6.

(3) Il y a pourtant une raison de douter : dans les commentaires de l'Édit, c'est la société de tous biens qui occupe la première place (Lenel, *E. P.*, 237). Ne faut-il pas en conclure que c'était pour les Romains la société type sur laquelle les autres sociétés ont été modelées ? Non ; il y a de ce fait une explication très simple : parmi les règles applicables au contrat de société, il y en avait une qui avait été introduite par l'édit du préteur, et précisément elle était spéciale à la société de tous biens : c'est le bénéfice de compétence. Il est tout naturel que les commentateurs de l'Édit se soient occupés tout d'abord de cette disposition, et qu'ils y aient rattaché leurs explications sur le contrat de société et l'action *pro socio*.

(4) Paul, 3 epit. Alf. Dig., D., XVII, 2, 71, 1. Cf. eod., 71 pr. Poisnel, Nouv. Rev. hist., 1879, p. 440.

pose des relations d'amitié qui ne pouvaient exister entre personnes de condition si différentes.

Plus tard, lorsque la notion de société se généralisa et qu'on l'appliqua à la mise en commun des apports les plus modestes, l'opinion contraire finit par prévaloir (1). On admit l'équivalence d'un apport en services et d'un apport en argent, lorsque les parties avaient la volonté de former une société (2).

CHAPITRE XIII

Sanction des actes fiduciaires.

I

L'ARBITRAGE.

I. — Les actes fiduciaires, reposant sur la confiance, ont, d'après leur nature même, une sanction purement morale. Celui

(1) Gaius, III, 149; Diocl., C. J., IV, 37, 1.

(2) Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 44. Ce jurisconsulte admet (eod., 5, 1) qu'une société peut se former entre personnes de fortunes très inégales. Le *P. Rosc. com.* de Cicéron contient un exemple d'une société de ce genre conclue entre C. Fannius Cherea et Q. Roscius. Le but de la société était de faire de l'esclave de Cherea un comédien et de partager les profits qu'il pourrait retirer de l'exercice de son art. L'apport de Cherea était un apport en nature : c'était l'esclave Panurge ; quant à Roscius, il se chargeait d'apprendre à l'esclave les secrets de l'art du comédien. On a prétendu que ce genre de société remonte à une époque bien plus ancienne, et l'on a essayé de prouver qu'il y en a un exemple dans Caton (R. r., 136). Parmi les personnes que doit employer le propriétaire qui veut s'assurer une bonne récolte, Caton cite les *politores*. Le *politor* donnait à la terre une façon qui augmentait le rendement, et recevait pour sa peine une part des fruits. Ce que dit Caton ne permet pas de déterminer quelle était au juste la situation du *politor;* mais Celsus (7 Dig., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 52, 2) le considère comme l'associé du propriétaire du champ, lorsqu'on lui a confié la terre pour en tirer des fruits en commun. Voilà, dit-on, une société mixte, dans laquelle l'un fait un apport en nature, tandis que l'autre promet ses services. Pernice, Z. Sav. St., 1882, p. 58. Cette conclusion est contestable : le même Celsus dit que le *politor* peut être engagé comme *conductor* (8 Dig., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2, 9, 5). La question est alors de savoir si Caton l'a considéré à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue. La réponse serait douteuse si Caton (R. r., 5) n'avait pris soin de nous faire connaître un trait caractéristique de la situation du *politor :* un bon propriétaire, dit-il, ne doit pas employer le même *politor* plus d'un jour. Pourquoi donc? Pour stimuler le zèle du *politor*. Le propriétaire, comparant les résultats du travail des *politores* qu'il a successivement employés, ne reprendra, l'année suivante, que ceux qui l'auront satisfait. Le *politor* est donc une sorte de colon partiaire qui reçoit une part des fruits produits par la portion du champ qu'il a soignée. Bien différente est la situation

qui viole la foi promise est un malhonnête homme (*improbus*); l'acte qu'il commet est un acte honteux ou infâme.

Cette sanction des actes fiduciaires avait une force bien autrement grande qu'on ne pourrait le croire, si l'on jugeait des premiers siècles de Rome d'après l'état actuel de nos mœurs. L'observation scrupuleuse de la foi promise était l'un des traits particuliers du caractère national des Romains (1). C'était un déshonneur non seulement de manquer à sa parole (2), mais même de mettre de la négligence à remplir ses engagements. C'était aussi une impiété qui faisait encourir la colère des dieux : la *Fides* était une des divinités les plus anciennes de Rome (3).

La sanction des actes fiduciaires n'était pas purement morale et religieuse : elle entraînait certaines déchéances. Ce n'était pas chose indifférente de perdre l'estime de ses concitoyens. Peu de temps après leur institution, les censeurs étaient devenus l'organe officiel de l'opinion publique ; une de leurs attributions principales consistait à contrôler la conduite morale des citoyens. Les censeurs avaient le droit d'interroger les citoyens sur leur conduite publique et privée (4), particulièrement lorsqu'ils manquaient à leur parole (5). Celui qui violait les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens était l'objet d'un blâme du censeur. Pour en conserver la trace, une note spéciale (*nota censoria*) était inscrite (*subscribere*) à la suite du nom de l'intéressé sur les registres du cens ou, s'il y avait lieu, sur la liste des sénateurs ou des chevaliers (6).

Le blâme du censeur entraînait une flétrissure (*ignominia*) qui avait des conséquences pratiques importantes : l'exclu-

du *politor* dont parle Celsus dans le premier texte précité : le propriétaire traite avec lui pour tout le travail qu'il y a à faire dans son champ. Comme il ne s'agit pas de la culture ordinaire, mais d'une façon à donner à la terre, on conçoit qu'à une époque où la notion de société était très large, on ait vu dans ce contrat, non pas un colonat à part de fruits, mais une espèce particulière de société.

(1) Sext. Cæcilius, ap. Gell., XX, 1. Cf. Denys, II, 75; Plut., Flam., 16; Liv., XLII, 47.

(2) Voy. *supra*, p. 650, n. 3.

(3) D'après la légende, une petite-fille d'Énée, du nom de Roma, aurait, à son arrivée en Italie, élevé un temple à la *Fides* sur le Palatin (Agathocles ap. Fest., v° *Romam ;* Virg., Æn., I, 292 : « Cana Fides et Vesta... jura dabant »). La *Fides* serait alors une divinité latine. Varron (L. l., X, 74) la range parmi les divinités sabines, et son opinion a été confirmée par une inscription découverte à Rome en 1879 : *Semoni Sanco* | *Sancto Deo Fidio* | *Sacrum* | *Decuria sacerdot*(*um*) | *Bidentalium.* Voy. *supra, p.* 390, n. 9.

(4) Denys, XX, 13.

(5) Le père qui refusait sa fille après l'avoir fiancée pouvait être cité devant le censeur. Varr., L. l., VI, 71. Il y avait lieu, dans ce cas, à un *arbitrium de moribus*, qui est aussi appelé, bien que d'une manière impropre, *judicium de moribus*. Liv., XXIII, 23; Cic., P. Cluent., 42.

(6) Liv., XXXIX, 42; Cic., P. Cluent., 45.

sion du sénat ou de l'ordre équestre (1), le transfert d'une tribu rustique dans une tribu urbaine, ou la perte du droit de vote suivant les cas (2). La note d'un censeur devait être approuvée par son collègue ; elle ne conservait son effet que pendant un lustre, mais pouvait être renouvelée par les censeurs subséquents.

II. — Le jugement des contestations soulevées par l'exécution des actes fiduciaires n'était pas de la compétence des tribunaux de la cité.

En cas de doute sur la façon dont il devait accomplir son devoir, chacun des intéressés pouvait, pour son compte personnel, prendre l'avis d'un conseil de parents et d'amis (3). Si néanmoins le différend subsistait, la question était soumise à un arbitre, choisi d'un commun accord entre les parties. On n'était pas libre de décliner l'arbitrage d'un homme de bien (4) : refuser de s'y soumettre dans les cas où l'on avait l'habitude d'y recourir, c'était agir contre l'usage des honnêtes gens et se comporter en malhonnête homme (5).

Le rôle de l'arbitre était tout à fait distinct de celui du juge. A défaut de loi régissant les actes fiduciaires, l'arbitre doit apprécier les devoirs qui en résultent d'après un triple criterium : 1° quant à leur formation, *ex fide;* 2° quant à leur objet et à leur étendue, *ex æquo;* 3° quant à leur exécution, *ex fide* et *ex bono*.

1° A la différence des actes juridiques, les actes fiduciaires tirent leur force, non d'une déclaration solennelle, mais de la confiance réciproque de chacune des parties en la loyauté de l'autre. Au lieu de s'attacher aux termes d'une formule (*id quod dictum est*), l'arbitre doit rechercher ce qui s'est passé (*id quod actum est*) : si la confiance réciproque a réellement existé, si la confiance de l'un n'a pas été provoquée par la malice (6) de l'autre, quel but les parties se sont proposé d'atteindre.

(1) Festus, v° *Præteriti;* Liv., XXIX, 37. Cf. Mommsen, II, 415; III, 879 (53[3]).

(2) Liv., IV, 24 : Tribu movere et ærarium facere. Cf. Mommsen, II, 388 ; III, 231 (261). L'*ærarius*, au lieu de payer l'impôt suivant sa fortune, était soumis à une capitation arbitraire fixée par le censeur. Il était inscrit sur les *tabulæ Cæritum* avec les *cives sine suffragio*.

(3) Cic., De fin., II, 17; Plin., Ep., V, 1; Plaut., Stich., IV, 2, 2.

(4) L'expression *arbitrum adigere* (Cic., De off., III, 16; Top., 10) implique l'idée d'une contrainte morale. Le mot *adigere* est employé dans les cas où l'on ne peut se soustraire à l'acte qu'on est invité à accomplir. *Jusjurandum adigere* désigne le serment imposé par le censeur. (Liv., XLIII, 37; Gell., IV, 20.) Le mot *exigere*, au contraire, implique la possibilité d'un refus. (Liv., XXXII, 5; XXXVIII, 39.) Cf. Danz, *Der sacrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, 29.

(5) Ascon., p. 84, Or. : Antonium... censores... senatu moverunt causasque subscripserunt, quod socios diripuerit, quod judicium recusarit.

(6) La *malitia* consiste à engager sa foi avec l'intention bien arrêtée de tromper la confiance de celui avec qui l'on traite. Gell., VII, 11; Plaut., Aul., 173; Amph., I, 1, 113.

2° L'arbitre doit apprécier les actes fiduciaires d'après l'équité. Le mot « équité », qui a reçu par la suite des acceptions si variées, avait dans l'ancien droit une signification moins indécise. D'après le droit de la nature, dit Pomponius, l'équité consiste à ne laisser personne s'enrichir aux dépens d'autrui (1). Dans un conflit d'intérêts entre deux personnes, l'équité commande de tenir la balance égale entre elles. Un arbitre qui s'inspirerait de l'intérêt exclusif de l'une des parties, sans tenir compte de l'intérêt de l'autre, commettrait une iniquité.

Il suit de là une nouvelle différence entre l'arbitre et le juge. En général, la mission du juge se borne à déterminer qui a tort ou qui a raison, quel est celui des plaideurs dont la prétention est conforme au droit; il n'a pas, comme de nos jours, à évaluer le préjudice causé au demandeur. Dans une action personnelle, s'il reconnaît le bien fondé de la poursuite, il condamne le défendeur soit à payer la somme réclamée, soit le montant de la peine fixée à forfait par la loi ou par les parties; tout au plus a-t-il à rechercher la valeur vénale de la chose qui a donné lieu au procès. L'arbitre, au contraire, fixe lui-même la nature et le montant de la prestation qui incombe à l'une ou à l'autre des parties, en tenant compte de toutes les circonstances qui peuvent servir à l'atténuer : mais il n'a pas le pouvoir de condamner (2); il émet un avis dépourvu de toute efficacité juridique.

3° Il ne suffit pas à l'arbitre de tenir compte des intérêts respectifs des parties; il doit aussi se prononcer sur la manière dont elles doivent remplir les devoirs qui leur incombent en s'inspirant d'un double criterium : il doit examiner si le débiteur a agi loyalement et suivant l'usage des gens de bien (*ex fide* et *ex bono*).

La loyauté n'est pas moins requise pour l'exécution d'un acte fiduciaire que pour sa formation (3). Mais comme ce criterium est par lui-même un peu vague, on a eu soin de le préciser en ajoutant que l'arbitre doit statuer *ex bono*. L'acte fiduciaire doit être exécuté loyalement, à la façon des Romains. Ce qu'on a appelé plus tard « la bonne foi », ce n'est pas cet idéal de sincérité, de franchise que l'homme doit chercher à réaliser dans ses rapports avec ses semblables et qui est le même dans tous les temps et dans tous les lieux. La bonne foi, à Rome, a été quelque

(1) Pomp., 9 ex var. lect., D., L, 17, 206.

(2) L'expression *præstare oportere* caractérise la décision de l'arbitre (voy. dans Cic., De off., III, 16, la décision rendue par M. Porcius Cato); *dare* ou *facere oportere*, celle du juge. Lorsque plus tard l'*arbitrium* se confondit avec le *judicium*, on dit que l'obligation put consister *ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum*. Paul, 2 Inst., D., XLIV, 7, 3 pr.

(3) Cic., P. Rosc. Am., 38; Plaut., Asin., I, 1, 109.

chose de variable ; elle a été entendue d'une manière différente suivant les époques. La bonne foi, c'est l'usage suivi à Rome par les bons citoyens (1).

Ce mode d'interprétation des actes fiduciaires dérivait de la pratique des censeurs. Les mots *censere* et *arbitrari,* dit Nonius, sont des termes à peu près identiques, comme s'il y avait entre eux une sorte de parenté (2). Le contrôle exercé par les censeurs sur les actes de la vie sociale eut pour effet de créer insensiblement un ensemble de règles de conduite que l'on devait observer pour éviter un blâme public. Ces règles formaient les usages des honnêtes gens, usages que le censeur avait directement inspirés ou qu'il s'était borné à consacrer suivant qu'il s'agissait ou non d'actes empruntés au droit public.

II

DE LA SANCTION LÉGALE DES DEVOIRS QUI ONT POUR OBJET UNE SOMME D'ARGENT.

§ 1er. — *La loi Silia et la procédure* per condictionem.

I. — La nécessité d'accomplir un simple devoir fut pour la première fois consacrée par la loi Silia. Cette loi créa une nouvelle action de la loi pour faire valoir en justice les créances ayant pour objet une somme d'argent (3).

La loi Silia paraît être une des lois relatives au droit des dettes. Lorsque, dans la première moitié du cinquième siècle, la loi Pœtelia eut enlevé au *nexum* la faculté exorbitante qu'il conférait au prêteur, on voulut favoriser le développement des autres modes usités dans la pratique pour contracter des dettes. Ces modes, la *sponsio,* le *mutuum,* n'avaient eu jusqu'alors qu'une portée restreinte, parce qu'ils reposaient exclusivement sur la loyauté du débiteur; on ne les employait que pour traiter avec des personnes en qui l'on avait pleine confiance. En accordant au créancier la

(1) Cic., De off., III, 17 : *Ut inter bonos bene agier oportet.* Les auteurs latins parlent constamment de *boni mores, bonus vir, bona fides, bonus paterfamilias, bonus dominus.* Voy. un décret du Sénat de 550 (Liv., XXIX, 19; Cat., R. r., 144, 145, 148, 149; Gell., XIV, 2) et l'inscription gravée sur le tombeau de L. Cornelius Scipio à la fin du cinquième siècle : *Duonoro optumo fuisse viro* (*C. I. L.*, I, 32). Varr., ap. Non., v° *Patella ;* Cic., De off., I, 34; Sab., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 9, 2. Comme il y avait certains peuples qui entendaient la bonne foi d'une manière plus ou moins élastique, on opposait la *fides bona* ou *Romana* à la *fides Punica* et à la *fides Græca.* Cf. Voigt, *J. N.*, III, 231, 838.

(2) Non., 519; Varr., De vita p^{i} R^{i}, lib. 2 : Itaque quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellaverunt : idem enim valet censere et arbitrari.

(3) Gaius, IV, 19, 20. Voy. *supra*, p. 419.

protection de l'État, en lui donnant le droit de poursuivre en justice son débiteur, la loi voulut en généraliser l'usage. On ne sera pas surpris de rencontrer une innovation aussi favorable à la classe pauvre dans une loi portant le nom d'un Silius : la *gens* Silia était plébéienne. Lorsque, en 345, on avait choisi pour la première fois des questeurs parmi les plébéiens, on avait élu un membre de cette *gens*.

II. — La loi Silia s'est abstenue de préciser la cause en vertu de laquelle elle permettait d'agir en justice. Aucun texte ne dit que cette loi ait directement consacré la *sponsio*, ni le *mutuum*. La loi Silia n'exige pas davantage qu'on élève une prétention conforme au droit des Quirites : pour les demandes de ce genre, les formes antiques des actions de la loi suffisent, soit l'action *sacramento*, soit la *judicis postulatio*. Il faut et il suffit qu'on affirme l'existence d'un devoir ayant pour objet la dation d'une somme d'argent certaine (*certam pecuniam dari oportere*).

Quels sont les cas où le devoir caractérisé par le mot *oportere* peut prendre naissance? Le cas le plus ordinaire est celui où l'engagement a été rendu ferme par une stipulation. On a ensuite attribué la même efficacité à l'*expensilatio;* et nous savons déjà que la jurisprudence a admis la force obligatoire du *mutuum*, indépendamment de toute formalité.

Si l'on a restreint à ces trois cas la faculté pour le créancier de faire valoir en justice une dette résultant d'un acte fiduciaire, c'est qu'on les a considérés comme étant les seuls où l'acte pût acquérir un caractère suffisant de certitude. C'est une idée commune aux législations antiques de réserver la protection de la loi aux droits qui reposent sur des faits dont l'existence est certaine. Nous croyons, en effet, que pour qu'il y ait *certa pecunia* il ne suffit pas que la somme réclamée soit déterminée dans son *quantum*, il faut également qu'elle soit due en vertu d'un acte consistant en un fait matériel facile à vérifier : la numération des écus, la prononciation du mot *spondeo* après interrogation du créancier, l'inscription sur le registre, avec l'assentiment du débiteur, de la mention *expensum fero* (1).

Il suit de là que le mot *oportere* exprimait, dans le principe, une nécessité morale quant à son fondement. Aussi ce mot n'était-il pas employé à cette époque pour désigner une obligation imposée

(1) Pour obtenir gain de cause, le créancier n'avait pas d'autre preuve à faire. Le juge n'avait pas, notamment dans la stipulation, à se préoccuper de l'acte fiduciaire qu'elle avait confirmé. Il en était autrement lorsqu'on avait stipulé *quidquid ex vendito dare facere oportet*. Pap., 3 Resp., D., XLVI, 2, 27). Voy. sur les promesses abstraites, Saleilles, op. cit., 275

par la loi : on se servait, dans ce dernier cas, de l'expression *damnas esse* (1).

III. — Le caractère particulier des dettes consacrées par la loi Silia devait conduire à l'établissement d'une nouvelle procédure. Le *sacramentum* ou la *judicis postulatio,* qui servaient à faire valoir les droits consacrés par la loi ou conformes au droit des Quirites, ne pouvaient s'appliquer ici : la loi Silia créa la procédure *per condictionem*.

Cette procédure tire son nom d'une dénonciation faite par le créancier pour proposer au débiteur de prendre un juge (2). Le créancier ne pouvait ici, comme dans les cas où il avait un droit à invoquer, citer directement son débiteur par-devant le magistrat ; il se contentait de l'inviter à prendre un juge pour trancher le différend.

Le débiteur pouvait-il s'y refuser ? Nous ne le croyons pas. Pour lui ôter tout prétexte, on lui permettait de stipuler du créancier un tiers de la somme réclamée au cas où la demande serait reconnue mal fondée ; de son côté, il devait promettre de payer un tiers en sus, s'il était reconnu débiteur. Tel était, ce semble, le but de la *sponsio tertiæ partis;* mais le débiteur pouvait éviter la peine du tiers en sus en acceptant la proposition du demandeur. La *sponsio* du tiers était une faculté à laquelle on pouvait renoncer : Gaius dit non pas que cette *sponsio* fut obligatoire, mais qu'elle était permise (3).

IV. — L'existence d'un *dari oportere* pouvait-elle être judiciairement reconnue au profit ou à la charge d'un pérégrin ? L'obligation résultant de la *sponsio* est, d'après Gaïus, propre aux citoyens romains. Cela ne signifie pas qu'ils peuvent seuls employer ce moyen de rendre ferme un acte fiduciaire : on sait qu'il était usité chez les Latins, et que le peuple romain y avait recours pour conclure un traité avec une nation étrangère (4). Gaius veut dire que l'obligation verbale conclue dans la forme de la *sponsio* n'avait une valeur juridique qu'entre citoyens.

(1) Voy. *supra*, p. 586, n. 3.

(2) GAIUS, IV, 18 : « Condicere autem denuntiare est prisca lingua. Itaque hæc quidem actio proprie condictio vocabatur; nam auctor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. » Gaius emploie, pour désigner l'initiative prise par le créancier, le mot *auctor*, que presque tous les éditeurs ont remplacé sans motif par le mot *actor*. Cf. *supra*, p. 420, n. 1.

(3) CIC., P. Rosc. com., 5 ; GAIUS, IV, 171. C'est ainsi du moins que nous entendons le *sponsionem facere permittitur*. La même expression se retrouve avec cette signification dans l'édit du préteur sur les interdits (ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 1 pr.), où le mot *agere* a été certainement substitué à *sponsionem facere ;* il n'est pas possible que le préteur ait créé une action tendant à *neque pluris quam quanti ea res erit* (CIC., P. Cæc., 16). Voy. LENEL, *E. P.*, 379.

(4) GAIUS, III, 94.

D'où vient qu'un pérégrin n'avait pas, même au temps de Gaius, le droit d'invoquer en justice la *sponsio* conclue avec un citoyen romain? Il y a là, vraisemblablement, un vestige du droit antérieur. Reportons-nous à l'époque où fut votée la loi Silia : les raisons d'ordre politique et social qui motivèrent cette loi étaient étrangères aux rapports des citoyens avec les pérégrins. En sanctionnant certains actes fiduciaires, contrairement au principe qui réservait la protection de l'État aux droits solennellement placés sous la garantie des curies, on avait voulu prévenir les discordes civiles auxquelles donnaient lieu périodiquement les exigences des prêteurs. Il n'y avait aucun motif d'étendre aux pérégrins le privilège accordé aux citoyens romains.

Des trois actes susceptibles de rendre certaine l'existence et l'étendue d'une dette fiduciaire, il en est deux qui nous sont déjà connus : la stipulation et le *mutuum*. Il nous reste à étudier l'*expensilatio*.

§ 2. — *L'*expensilatio.

I. — L'*expensilatio* est un acte qui se rattache à l'emploi du *codex accepti et expensi*. Il était d'usage à Rome que tout chef de famille consignât par écrit toutes les opérations relatives à l'administration de ses biens. A cet effet, il tenait au moins deux livres, l'un appelé *adversaria*, sorte de brouillon que l'on a comparé au livre journal de nos commerçants; l'autre appelé *codex accepti et expensi* : c'était le livre des recettes et des dépenses (1).

Sur les *adversaria*, il notait les diverses opérations au fur et à mesure qu'il les effectuait. A la fin du mois, il les reportait à leur date sur le *codex*, en ayant soin de séparer celles qui se traduisaient par une recette et celles qui impliquaient un déboursé. Les déboursés étaient portés à la page de l'*expensum* (*expensi lata*); les recettes, à la page en regard (2), celle de l'*acceptum* (*accepti lata*). La comparaison de ces deux pages fournissait au propriétaire du *codex* le moyen de se rendre compte de l'état de sa for-

(1) Indépendamment de ces deux livres, il y avait dans les maisons riches, et surtout chez les banquiers, des livres de comptes généraux (*Codex rationum*, Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 13, 10, 2) ou spéciaux (*ratio argentaria, frumentaria, vinaria*, etc. : Cat., R. r., 2; Col., R. r., XI, 2, 44; Serv. ap. Cels., 19 Dig., D., XXXIII, 10, 7, 2). D'après Voigt, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Litteralobligation der Römer* (Abh. der phil. hist. Cl. der k. Sächs. Ges. d. Wiss., 1887, p. 535), le *Codex accepti et expensi* serait distinct du *Codex rationum* et servirait exclusivement à faire naître des obligations littérales. Cette opinion, accueillie par Sohm, *Institutionen*, p. 277, et par Czyhlarz, *Institutionen*, 1889, § 83, a été réfutée par Niemeyer, Z. Sav. St., 1890, p. 315.

(2) Arg. Plin., H. n., II, 7.

tune : il lui suffisait de faire la balance (*dispungere*) des recettes et des dépenses, du doit et de l'avoir (1).

C'était un devoir pour tout bon citoyen de tenir avec le plus grand soin son livre de recettes et de dépenses, et de le conserver indéfiniment (2). Ses enfants devaient, après sa mort, y trouver la preuve de la bonne gestion de sa fortune (3). Lui-même pouvait y recourir pour retrouver au bout d'un temps plus ou moins long la trace d'opérations qui n'avaient pas été entièrement liquidées et qui donnaient lieu à des difficultés.

Le livre des recettes et des dépenses, régulièrement tenu, faisait foi des énonciations qu'il renfermait. Cette règle avait sa raison d'être à une époque où les Romains administraient leur maison avec cette gravité qui est le trait distinctif de leur caractère. Même au temps de Cicéron, alors qu'on avait tant de défaillances à signaler dans la vie de bien des citoyens, on considérait une irrégularité dans la tenue du livre des recettes et des dépenses comme un acte honteux et malhonnête (4). On pouvait d'ailleurs contrôler le livre du créancier par celui du débiteur. Lorsqu'il y avait concordance, aucun doute n'était possible sur l'existence de l'acte; mais une omission, involontaire ou calculée, sur le livre du débiteur, n'empêchait pas le créancier de faire valoir sa prétention (5).

Tout autre était la nature et la valeur des *adversaria*. Rédigé à la hâte et souvent sans ordre, le livre-journal servait tout simplement de memento; il n'avait aucune valeur en justice; il n'était pas d'usage de le conserver plus d'un mois (6).

II. — Jusqu'ici, le livre des recettes et des dépenses nous est apparu comme un moyen de preuve : il pouvait également servir à faire naître une obligation. A quelles conditions? C'est une question que les textes ne permettent pas de résoudre d'une manière sûre (7). Nous savons seulement deux choses : 1° l'inscription

(1) Ulp., 62 ad Ed., D., L, 16, 56 pr.

(2) Cic., In Verr., II, 1, 23; P. Rosc. com., 2 : Servantur sancte...; perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur.

(3) Cic., In Verr., II, 1, 23 : Habeo... et patris ejus accepti tabulas omnes.

(4) Cic., P. Rosc. com., 1.

(5) Cic., P. Rosc. com., 1 : Cur potius illius, quam hujus, credetur?

(6) Cic., eod.

(7) On a proposé bien des solutions. Voy. Danz, *Lehrb.*, II, 49. Suivant une conjecture qui compte bon nombre de partisans, l'obligation littérale exige pour sa formation deux inscriptions corrélatives sur le livre du créancier : la première à la colonne de l'*acceptum* mentionne un payement fictif du prix de vente, par exemple; la seconde, à la colonne de l'*expensum*, constate le prêt fictif d'une somme équivalente. De la sorte l'acheteur est définitivement libéré de son prix d'achat, mais il est tenu d'une dette nouvelle bien différente, celle qui résulte du prêt fictif qui lui a été consenti. Ainsi s'expliquerait la dénomination donnée à cette opération : *Transcriptio*

devait être portée sur le livre du créancier avec l'assentiment (*jussus*) du débiteur (1); 2° elle mentionnait la cause de la créance (2).

Les textes nous apprennent en outre que l'inscription sur le registre du créancier avait souvent lieu en présence du débiteur (3). Mais ce n'était pas là une condition essentielle : l'un des avantages de l'*expensilatio* était précisément de pouvoir être faite entre absents; dans ce cas, le débiteur devait envoyer par écrit son acceptation. Pour faciliter la preuve en cas de contestation, il était d'usage de prier un ou plusieurs amis de mentionner l'acte sur leurs registres (4).

L'*expensilatio*, régulièrement faite sur l'ordre du débiteur, donnait naissance à une obligation qui se formait par l'écriture (*litteris*). Elle fut particulièrement usitée à l'époque où la plupart des actes fiduciaires étaient étrangers à la sphère du droit. Elle fournissait, comme la stipulation, un moyen de leur

a re in personam; et il en serait de même pour la *transcriptio a persona in personam.* Keller, *Beitrag zur Lehre vom röm. Litteralcontract;* (Sell's, Jahrb. f. histor. u. dogmat. Bearbeitung d. r. R., 1841, I, 93; Savigny, *Verm. Schr.*, I, 238; Salpius, *Novation und Delegation,* 1864, p. 79; Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances,* 1879, p. 198; Accarias, II, 218. Cette hypothèse fort ingénieuse repose non sur les textes, mais sur des raisonnements : nulle part il n'est question de cette double inscription constatant des actes purement fictifs. Considérée en elle-même, la conjecture n'est pas moins difficile à admettre : comment les Romains auraient-ils conçu un mode de s'obliger si compliqué, à une époque aussi ancienne? Comment surtout aurait-on omis de mettre en relief l'accord de volontés des parties que rien ne révèle dans la structure de l'acte? Kuntze, II, 548; Schulin, *Lehrb.*, 345.

(1) Cic., P. Rosc. com., 1 : « Scripsisset ille, si non jussu ejus expensum tulisset. » L'auteur de la paraphrase des Institutes, attribuée à Théophile, précise davantage, et bien que le témoignage d'un écrivain d'une époque aussi basse doive être accueilli avec réserve, on ne saurait l'écarter absolument, lorsqu'il est le seul que nous ayons et qu'il donne une explication plausible de la difficulté. Le créancier informait le débiteur qu'il allait porter sur son livre une inscription ainsi conçue : *Centum aureos quos mihi ex causa locationis debes expensos tibi tuli.* Si le débiteur répondait verbalement ou par écrit en employant cette formule solennelle : *Expensos mihi tulisti,* il était désormais tenu d'une obligation nouvelle que le créancier était autorisé à faire valoir en justice d'après la loi Silia.

(2) Cela résulte du passage précité de Théophile, dont le témoignage est ici confirmé par celui de Cicéron (in Verr., II, 1, 23). Cette concordance des deux auteurs sur ce point particulier est un motif de plus pour accueillir dans son ensemble le récit de Théophile, qui a dû puiser ses renseignements à bonne source.

(3) Cic., Ad fam., VII, 23 : Nomina se facturum cum venisset. Cf. Ad Att., VII, 3.

(4) Cic., Ad Att., IV, 18 : Hæc pactio, non verbis, sed nominibus et perscriptionibus, multorum tabulis, cum esse facta diceretur... Hor., Sat., II, 3, 70 :

Scribe decem a Nerio : non est satis : adde Cicutæ
Nodosi tabulas centum.

Cic., P. Rosc. com., 1 : Egone talem virum corrumpere potui ut, mea causa, falsum in codicem referat. Cf. Sen., De ben., II, 23 : ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit. Voy. cep. Salpius, op. cit., 95, qui n'admet pas qu'un citoyen pût mentionner sur son registre une opération faite par un tiers.

donner une valeur juridique toutes les fois que les parties s'étaient mises d'accord pour évaluer à une somme fixe le montant de leur intérêt. A une dette dont le quantum pouvait varier suivant l'appréciation de l'arbitre, elles substituaient une dette d'argent certaine (1); à une dette résultant d'un prêt essentiellement gratuit, une dette productive d'intérêts (2).

On appelle *transcriptio, transcripticium nomen,* l'inscription qui donne naissance à l'obligation littérale. Cette dénomination vient probablement de ce que, pour la formation de l'obligation, il fallait transcrire sur le *codex* une opération déjà mentionnée, mais en modifiant la nature de l'acte ou en changeant le débiteur, suivant que la *transcriptio* était faite *a re in personam* ou *a persona in personam.*

Le *transcripticium nomen* ne doit pas être confondu avec l'*arcarium nomen,* qui désigne la mention, portée sur le livre du créancier, d'un prêt d'argent par lui consenti (3). L'inscription n'a ici que la valeur d'un mode de preuve; elle ne modifie en rien la nature de l'obligation.

L'*expensilatio* était particulièrement usitée dans les rapports des banquiers (*argentarii*) avec leurs clients. Elle avait sur la stipulation l'avantage de fixer d'une manière précise le souvenir de l'acte conclu, de l'engagement contracté. Le banquier pouvait s'obliger soit directement envers son client, soit en prenant à sa charge une dette de son client; dans ce dernier cas, il y avait une sorte de mandat (*receptum*) que le préteur crut devoir sanctionner par une action spéciale (*actio recepticia*) (4).

III

RÉPRESSION CONVENTIONNELLE DES TORTS CAUSÉS PAR L'INEXÉCUTION D'UNE PROMESSE AYANT POUR OBJET AUTRE CHOSE QUE DE L'ARGENT.

Le droit pour un créancier de réclamer le secours de l'autorité publique pour obtenir l'exécution d'une promesse nous paraît aujourd'hui chose toute naturelle. Pourtant c'est une idée qui a

(1) Cette transformation pouvait avoir des dangers pour le débiteur : l'exemple du chevalier Canius en est la preuve. Le banquier de Syracuse qui lui vendit une maison de plaisance, en lui faisant espérer des avantages imaginaires, s'empressa de faire souscrire au débiteur un engagement littéral (*nomina facere*). Cic., De off., III, 14.

(2) Gaius, III, 128, 129.

(3) Gaius, III, 131.

(4) Cf. Lenel, Z. Sav. St., II, 62; Bekker, eod., III, 9; Goldschmidt, X, 395; Voigt, op. cit., 549, 566.

eu beaucoup de peine à se faire admettre. Les Romains estimaient que les tribunaux ne sont pas institués pour contraindre les citoyens à accomplir un fait contre leur volonté, ou à s'en abstenir : leur mission consiste à décider entre deux prétentions contradictoires quelle est celle qui est juste, ou bien à assurer la répression des torts en fixant le montant de la composition à payer à ceux qui en ont été victimes.

Lorsqu'un citoyen, qui s'était engagé à faire ou à ne pas faire, soulevait des difficultés pour se dispenser d'exécuter sa promesse, on ne connaissait d'autre moyen de l'y déterminer que de lui offrir de s'en remettre à la décision d'un homme de bien, d'un arbitre. Le recours à un arbitre, choisi d'un commun accord entre les parties, était une voie extrajudiciaire. En se soumettant à la décision de l'arbitre, le débiteur agissait dans la plénitude de sa liberté ; il cédait à la persuasion, à l'influence bienfaisante d'une parole désintéressée.

Dans un petit nombre de cas, le recours à un ou plusieurs arbitres était imposé par la loi. Mais, même dans ce cas, la contestation ne prenait pas un caractère irritant : ce n'était qu'une discussion entre gens animés de sentiments conciliants et désireux d'arriver à une entente. Aucun de ces cas, du reste, n'avait trait à l'exécution d'une promesse, du moins au temps des Douze Tables (1).

Est-ce à dire que les Romains s'en remettaient toujours à la conscience du débiteur, et n'avaient aucun moyen de le contraindre, au moins indirectement, à remplir son engagement? Assurément non, et le procédé qu'ils ont employé est bien connu, c'est la stipulation de peine (2).

1. — Le nom donné à cette stipulation est caractéristique et montre à quel point de vue les Romains se plaçaient pour assurer l'exécution des promesses. L'idée dominante était celle de peine, de répression d'un tort; il ne s'agissait pas, comme de nos jours, de réparation d'un préjudice. La peine était ici fixée, non par la loi, mais par les parties elles-mêmes, au moment de la conclusion de l'engagement (3). Elle était encourue par cela seul que le débiteur ne tenait pas sa promesse : le fait ou l'abstention se transformaient en une promesse ayant pour objet une somme d'argent. Le créancier pouvait, en vertu de la loi Silia, agir

(1) Voy, *supra*, p. 421.
(2) Cf. J.-E. Labbé, *De la stipulation de peine* (App. au t. III d'Ortolan, p. 808).
(3) Il y a un cas où la stipulation de peine avait lieu lors de la poursuite en justice : dans la *sponsio tertiæ partis*. Voy. *supra*, p. 669.

per condictionem et, après avoir fait reconnaître son droit, procéder à la *manus injectio*.

L'usage si répandu de la stipulation de peine s'explique donc par ce fait que les Romains ne reconnaissaient pas au juge le pouvoir d'obliger un citoyen à faire ou à ne pas faire, ni même, pendant longtemps, le pouvoir d'évaluer le préjudice causé au demandeur par l'inexécution d'un engagement de cette sorte.

II. — Les Romains ne tardèrent pas à remarquer les inconvénients pratiques de leur manière de voir : ces inconvénients étaient particulièrement sensibles dans le cas où l'on voulait obtenir d'un citoyen un fait ou une abstention en dehors de tout engagement préalable, par exemple à remettre la possession ou à ne pas troubler celle du demandeur. On ne pouvait pas soumettre la question au juge sous cette forme ; il n'avait pas qualité pour forcer le défendeur à faire ou à s'abstenir. La difficulté était plus grande ici que dans le cas précédent, les parties ne pouvant transformer par anticipation le fait ou l'abstention en une obligation ayant pour objet une peine pécuniaire.

La difficulté fut pourtant résolue sans porter atteinte à la règle, au moyen d'un expédient : la transformation qu'on ne pouvait faire par avance, on la fit après coup, grâce à l'intervention du préteur. En vertu de son *imperium*, le préteur rendait un décret pour inviter le défendeur à accomplir un certain fait, ou un interdit pour lui défendre de faire quelque chose (1). En cas de contravention, le demandeur provoquait son adversaire à promettre une peine s'il était démontré qu'il ne s'était pas conformé à l'édit (2). Le défendeur stipulait à son tour une peine pour le cas inverse. Grâce à ces stipulations et restipulations pénales qui étaient réglementées par l'édit, la question soumise au juge avait pour objet la répression d'un tort, la punition d'une désobéissance à l'ordre du préteur.

Le défendeur n'avait qu'un moyen d'échapper à la stipulation de peine et à ses conséquences, c'était de demander un arbitre : et encore cela ne lui était-il pas permis dans les interdits prohibitoires (3). Il devait former sa demande dès sa comparution devant le magistrat, sinon il était trop tard (4). La demande d'un arbitre impliquait l'engagement de se soumettre à sa sentence : c'est lui qui fixait la somme que le défendeur avait à payer en cas de contravention.

(1) Gaius, IV, 139.
(2) Gaius, IV, 165.
(3) Gaius, IV, 141. Cf. Lenel, *E. P.*, 358.
(4) Gaius, IV, 164.

III. — Nous venons de montrer l'utilité des interdits pour forcer à accomplir un fait ou à s'en abstenir, en dehors de tout engagement préalable; la plupart des interdits sont en effet étrangers au cas où les parties sont liées par un rapport contractuel. Il y a cependant trois interdits qui supposent une convention préalable : les interdits *de precario, de migrando, Salvianum*. Si, dans ces trois cas, les Romains n'ont pas laissé aux contractants le soin de réprimer par une stipulation de peine le tort que l'une des parties pouvait commettre au préjudice de l'autre, c'est que ces interdits s'appliquaient dans des cas où la stipulation de peine eût été illusoire. Le patron qui fait à son client une concession précaire, le propriétaire qui loue sa terre à un colon et n'a d'autre garantie que les objets apportés par celui-ci dans la ferme, se feraient vainement promettre une peine par des malheureux hors d'état de la payer. Quant au locataire, pouvait-il songer à stipuler une peine pour le cas où son propriétaire userait de son droit de retenir les meubles faute de payement du loyer?

On a prétendu cependant qu'il y avait certains cas (1) où l'on pouvait soumettre directement au juge une question portant sur un fait ou sur une abstention, et dans ces cas, dit-on, le juge ordonnera de faire ou de s'abstenir. Cette opinion repose sur un texte de Pomponius (2) qui parle d'une action de la loi dérivant des Douze Tables (3). Cette action de la loi donnait-elle lieu au renvoi de l'affaire devant un juge? C'est ce qu'il faudrait démontrer; il faudrait établir qu'on procédait par serment ou en demandant un juge. On ne peut songer au *sacramentum*, parce que la somme à déposer eût été hors de proportion avec l'intérêt en

(1) 1° Si, incliné par le vent, l'arbre de mon voisin menace de tomber sur mon fonds, le juge ordonnera de le couper; 2° si un arbre étend ses branches sur mon champ, le juge prescrira de les couper jusqu'à quinze pieds de haut; 3° si un bûcher ou un tombeau a été élevé à moins de soixante pieds de ma maison, le juge, sur ma demande, le fera démolir; 4° si mon voisin bâtit une maison à moins de cinq pieds de la mienne, le juge la fera démolir; 5° enfin, si du gland est tombé de mon chêne sur le fonds voisin, le juge ordonnera de me le laisser ramasser.

(2) Pomp., 34 ad Sab., D., XLIII, 27, 2. La prétention *jus ei non esse ita arborem habere* ne peut guère être considérée comme une formule proposée dans l'Édit. Cf. Lenel, *E. P.*, 390.

(3) On a invoqué également Paul (V, 6, 12), qui semble dire en effet que le propriétaire de l'arbre sera poursuivi pour être invité à l'ébrancher. Mais cette poursuite sera-t-elle exercée par voie d'action? Si l'on remarque que ce fragment de Paul est inséré au titre *De interdictis*, on en conclura qu'il se rapporte, non pas à une action établie par les Douze Tables, mais à l'interdit *de arboribus cædendis* établi par le préteur. L'interdit, il est vrai, a pour objet, non de forcer le propriétaire de l'arbre à le couper, mais de lui défendre d'empêcher le voisin de le couper lui-même. Mais cela suppose qu'une tentative a été faite, sans succès, auprès du propriétaire de l'arbre pour le lui faire couper. C'est à cette tentative extrajudiciaire que se rapportent les mots *conveniendus ut cum sublucet*. Cf. Wlassak, *Röm. Proz.*, 248.

litige. Quant à la *judicis postulatio,* malgré l'absence de documents précis, on est d'accord pour admettre qu'elle était usitée dans tous les cas où l'action tendait à infliger une peine au défendeur ou à lui imposer l'obligation de réparer le tort qu'il avait causé (1).

Mais alors dans quelle forme avait lieu cette action de la loi? En dehors des deux formes que nous venons d'indiquer, il n'y a que des modes d'agir spéciaux, la *manus injectio* et la *pignoris capio,* en laissant de côté la *condictio,* qui est postérieure aux Douze Tables. La réponse serait embarrassante, s'il était démontré que toute action de la loi suppose un procès ou même simplement un acte judiciaire. Mais l'expression *legis actio* désigne, à proprement parler, un acte accompli dans la forme prescrite par la loi; elle est usitée pour les actes de la procédure gracieuse comme pour ceux de la procédure contentieuse; elle désigne aussi des actes extrajudiciaires, comme la *pignoris capio.* Il n'est pas prouvé que les Romains n'aient jamais connu que les cinq modes d'agir rapportés par Gaius, car il faudrait admettre qu'on les a créés simultanément ou successivement, et qu'on y a fait rentrer ensuite toutes les actions. Ce n'est pas ainsi que procède le législateur antique : d'ordinaire, il ne voit pas de si loin. On en a la preuve pour la procédure criminelle, qui nous est mieux connue : chaque fois que le législateur a prévu un crime nouveau, il a, par la même loi, organisé la procédure à suivre, de sorte qu'il y a presque autant de procédures criminelles que de crimes distincts. Le préteur en a fait autant pour le droit privé : lorsqu'il a commencé à prendre sous sa protection les servitudes, il a créé un interdit pour chaque servitude; plus tard, il a créé un interdit (*quod vi aut clam*) d'une portée plus générale. Il a dû en être de même pour la procédure civile ; on a dû établir des modes appro-

(1) Dans ces deux cas, en effet, la *manus injectio judicati* était possible. Le texte de Gaius vise expressément le cas où la *judicatio* a pour objet une somme d'argent : dans la procédure par serment, il n'y a pas de *judicatio* de ce genre. L'action dont parle Pomponius n'avait assurément ni l'un ni l'autre objet ; il n'était pas dans les habitudes des Romains de réprimer par une peine les torts entre voisins. D'autre part, une réparation pécuniaire ne se conçoit guère pour un tort qui, de sa nature, est permanent. La satisfaction donnée pour le tort déjà éprouvé ne ferait pas disparaître la cause du dommage : il fallait pour cela condamner le défendeur à couper l'arbre. Devait-on recourir à la *judicis postulatio* lorsque l'action de la loi avait pour objet un fait ou une abstention? Rien ne nous autorise à le croire; tout argument d'analogie fait défaut. On a invoqué cependant Gell., XX, 1, 38 : « Si reus... judici talionem imperanti non parebat. » Voigt (I, 506; II, 534) en a conclu que le juge pouvait ordonner au défendeur de souffrir quelque chose et, par suite, d'accomplir un fait. Mais on ne saurait généraliser ce qui est dit du talion : le talion est une peine ; l'obligation pour le propriétaire d'un champ de permettre à son voisin de recueillir les glands que le vent y a rejetés, n'a pas du tout ce caractère. De plus, celui qui ne veut pas se soumettre au talion peut demander un arbitre *de membro æstimando :* ici la loi ne prévoit aucun moyen pour vaincre la résistance du défendeur.

priés à chaque droit consacré par la loi. Si l'on a pu les ramener à cinq types principaux, cela n'exclut pas des différences plus ou moins grandes dans les détails (1).

L'action consistait ici à affirmer que le voisin n'avait pas le droit de conserver son arbre dans l'état actuel. Cette affirmation avait-elle lieu extrajudiciairement ou devant le magistrat? Le texte n'exigeant pas la présence du préteur, il est vraisemblable que c'est un des cas où l'on pouvait se faire justice soi-même, à la seule condition d'affirmer solennellement son droit. L'action de la loi, mentionnée par Pomponius, était un moyen extrajudiciaire, comme la *pignoris capio* (2). Il n'y avait pas lieu de redouter ici aucun abus ; si le propriétaire du champ avait coupé à tort l'arbre de son voisin, celui-ci avait contre lui l'action *de arboribus succisis,* qui entraînait une peine de vingt-cinq as. Que si le voisin s'opposait à tort à l'exercice du droit du propriétaire du champ, il s'exposait à l'action d'injures et à une peine de vingt-cinq as.

En créant l'interdit *de arboribus cædendis*, le préteur fournit aux parties intéressées le moyen d'obtenir, grâce à la stipulation et à la restipulation, une peine mieux en rapport avec l'importance du tort commis à leur préjudice : la peine n'était plus limitée au chiffre de vingt-cinq as. Il y eut là un progrès du droit : il n'est donc pas vraisemblable que cet interdit, de même que l'interdit *de glande legenda,* remonte aux Douze Tables (3).

IV

SANCTION DES DEVOIRS QUI ONT POUR OBJET UNE CHOSE CERTAINE AUTRE QUE DE L'ARGENT.

I. — C'est une particularité fort remarquable de l'ancien droit que les obligations ayant pour objet une somme d'argent étaient

(1) Divers passages de Gaius confirment cette manière de voir. Gaius, IV, 13, dit que, toutes les fois qu'une loi n'avait pas réglé la procédure à suivre dans le cas prévu par sa disposition, on procédait par serment. Donc, en règle générale, il y avait un mode d'agir spécial pour chaque droit consacré par la loi. Gaius, IV, 21, le dit expressément pour la *manus injectio* et pour la *pignoris capio*. Cf. Wlassak, op. cit., 267.

(2) Il ne faut pas s'étonner que le droit romain ait admis cette application de la justice privée pour des torts de si peu d'importance : notre Code civil lui-même (art. 673) l'a conservée, au moins pour les racines de l'arbre.

(3) Cf. Lenel, *E. P.*, 359. Contra, Accarias, II, 1205. Le préteur commençait par donner l'ordre de couper l'arbre et, en cas de refus, permettait au propriétaire du champ de le couper lui-même. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 27, 1, 2. On remarquera que l'action de la loi a survécu ici, sous le système formulaire, comme pour le *damnum infectum*. La raison en est peut-être que, dans les deux cas, l'action de la loi était un acte de justice privée qui n'avait pas d'analogue dans la procédure par formules. Cf. Wlassak, op. cit., 249, 271.

seules munies d'action. La loi Silia ne sanctionnait que les dettes de cette espèce. Le legs *per damnationem* semble également n'avoir eu pour objet primitif que des choses certaines, spécialement de l'argent. L'édit sur le serment se référait, dans l'origine et d'une manière exclusive, au prêt d'argent (1). Enfin, le constitut paraît ne s'être appliqué, primitivement, que dans le cas de *pecunia certa credita* (2).

Après les dettes d'argent, on sanctionna celles qui avaient pour objet une quantité de blé certaine. La *condictio triticaria*, son nom l'indique, dut s'appliquer exclusivement à ces sortes de dettes. Introduite par la loi Calpurnia (3), on l'étendit ensuite à toutes les dettes ayant pour objet une chose certaine quelconque autre que de l'argent (4).

(1) On ne recherche pas autre chose que si l'on a juré *dari sibi oportere* (Ulp., 22 ad Ed., D., XII, 2, 9, 1), mots qui caractérisaient l'action *certæ creditæ pecuniæ*. Puis, la place occupée au Digeste par le titre *De jurejurando* montre le lien qui existait entre les *res creditæ* et le serment. Cf. Lenel, *E. P.*, 189.

(2) A l'appui de cette conjecture, on peut remarquer que l'action de constitut, comme l'action *certæ pecuniæ*, donnait lieu à une *sponsio*, et que Gaius, IV, 171, établit un lien entre ces deux *sponsiones*. De plus, il est facile de voir que la *sponsio* permise en cas de constitut est une aggravation de celle qui avait lieu en cas de *pecunia certa credita* : elle était de 50 pour 100, au lieu de 33 1/3 pour 100. D'autre part, Justinien (C. J., IV, 18, 2) dit qu'on hésitait à admettre la validité du constitut fait sous condition ; or Gaius, III, 124, dit qu'il n'y a rigoureusement *pecunia credita* qu'en l'absence de toute condition. Enfin l'on peut remarquer que l'édit sur le constitut se rattache à l'édit *de rebus creditis* et sur les *condictiones*; il vient immédiatement après dans les commentaires sur l'Édit perpétuel et au Digeste; il forme comme un appendice à l'action *de eo quod certo loco*.

(3) Gaius, IV, 19. La date de cette loi n'est pas connue. Voigt, *J. N.*, II, 242; IV, 399, pense qu'elle est de la première moitié du cinquième siècle et antérieure à la loi Aquilia de 467. Mais le seul argument qu'il invoque est bien fragile : Gaius, III, 215, dit que le deuxième chapitre de la loi Aquilia donne une action contre l'*adstipulator* qui, frauduleusement, a fait acceptilation de l'argent promis, et il ajoute que cette action est donnée *quanti ea res esset*. Cette observation finale suppose, dit-on, que le juge a une estimation à faire ; par suite, que la stipulation peut avoir pour objet autre chose que de l'argent. Dans ce cas, Gaius se serait expliqué d'une façon elliptique, car, au commencement de la phrase, il parle de *pecunia*. Le texte n'est donc pas assez précis pour qu'on en tire une conclusion dans le sens indiqué. On pourrait tout aussi bien dire que ce texte se rapporte à une époque où la sphère d'application de la stipulation avait été étendue, ainsi que la portée du mot *pecunia*. Gaius, III, 124. Il est vraisemblable que la loi Calpurnia n'est pas antérieure au sixième siècle. Dans les listes de magistrats, on ne trouve un Calpurnius qu'en 496. Liv., XXII, 60; Plin., H. n., XXII, 6; Flor., I, 18. On a proposé de l'attribuer au plébéien P. Calpurnius Piso, qui fut préteur urbain en 543.

(4) Il en fut de même pour le legs *per damnationem*, le serment, le constitut. L'extension progressive du legs *p. d.* résulte de Gaius, III, 175, qui rapporte une controverse relative aux choses qui se mesurent, et de Paul, ad leg. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 7. Pour le serment, Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 2, 34 pr., fait remarquer qu'il s'applique *et ad pecunias et ad omnes res*. Pareillement l'action *de constituta pecunia* fut étendue aux choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent. C. J., IV, 18, 2. Cette signification étendue du mot *pecunia* était admise tout au moins au temps de Sylla. Gaius, III, 124, dit que dans la loi Cornelia, qui limita à vingt mille sesterces la somme pour laquelle on pouvait cautionner la dette d'autrui,

II. — La loi Calpurnia fut donc le point de départ d'un changement notable dans les idées des Romains ; elle permit d'exercer une action de la loi même pour des choses certaines autres que de l'argent. Cette innovation eut pour effet de donner au juge un pouvoir qui lui avait fait défaut jusqu'alors, celui d'apprécier la valeur pécuniaire de l'objet de l'obligation. On continua cependant à considérer l'inexécution de la promesse comme un tort; l'idée de peine ne fut pas entièrement écartée, car la perte fortuite de la chose, après la *litis contestatio,* était pour le défendeur.

La loi Calpurnia eut une autre conséquence : elle supprima les obstacles qui restreignaient le pouvoir du juge quant aux personnes capables d'invoquer la protection de la loi. Dès l'instant qu'il ne s'agissait plus d'une réglementation des dettes d'argent, les raisons d'ordre politique et social qui avaient fait réserver aux citoyens romains le bénéfice de la loi Silia n'étaient plus applicables. Les pérégrins, jouissant du *commercium,* furent autorisés à faire valoir en justice les créances certaines nées du prêt ou de la stipulation. Bien plus, les légistes, interprétant d'une manière très large la loi Calpurnia, reconnurent aux pérégrins le droit d'agir en justice même pour les dettes d'argent.

Les inconvénients de cette interprétation ne tardèrent pas à apparaître. Comme les pérégrins n'étaient pas soumis aux lois restrictives du taux de l'intérêt, les usuriers de Rome eurent recours à leur intermédiaire pour éluder ces lois : ils stipulaient des emprunteurs un intérêt dépassant le taux légal et cédaient leurs créances (par une *transcriptio a persona in personam*) à un pérégrin qui en poursuivait le recouvrement. Devant lui, l'emprunteur était désarmé : il ne pouvait opposer ni la loi romaine, qui n'était pas applicable à un étranger, ni la loi étrangère dans le cas où elle prohibait également l'usure, car cette loi était sans valeur devant les tribunaux romains.

Pour couper court à cet abus, un sénatus-consulte de l'an 561 donna aux citoyens la faculté d'invoquer le droit pérégrin pour les actes conclus sur le territoire de Rome avec des alliés ou des habitants des cités faisant partie de la confédération latine (1). Peu de temps après, la loi Sempronia décida que les règles sur les dettes d'argent seraient appliquées aux pérégrins par les tribunaux romains (2). Les lois sur les dettes d'argent furent dès lors

on comprend toute espèce de choses (vin, blé, terre, esclave) sous la dénomination de *pecunia*.

(1) Liv., XXXV, 7 : Ut... ex ea die pecuniæ creditæ, quibus debitor vellet legibus, ius creditori diceretur.

(2) Liv., eod. : Ut cum sociis ac nomine Latino pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civibus Romanis esset.

considérées comme des lois de police auxquelles devaient se soumettre tous ceux qui résidaient sur le territoire de Rome.

V

DES STIPULATIONS INCERTAINES.

La loi Silia fut le point de départ d'une phase nouvelle de la législation romaine. Pour la première fois, la loi prenait sous sa protection des faits non juridiques, des actes qui n'avaient pas été placés sous la garantie des Quirites. On s'habitua peu à peu à l'idée qu'un droit pouvait se former sans observer les solennités où figuraient l'airain et la balance : mais on exigeait que l'engagement contracté fût absolument certain quant à son fondement et quant à son objet. Aussi, lorsqu'un acte fiduciaire avait pour objet un fait ou une abstention, c'est-à-dire une chose incertaine, il ne servait de rien de le confirmer par une stipulation. De même, un acte fiduciaire certain par son objet, mais non par son fondement, était sans valeur juridique (1).

Des deux conditions requises pour qu'un acte fiduciaire pût obtenir la sanction de la loi, on a fini par supprimer la première, mais on a toujours maintenu la seconde. Un acte fiduciaire peut avoir pour objet un *incertum,* mais, pour être juridiquement obligatoire, il faut, même sous Justinien et sauf quelques exceptions, qu'il soit certain quant à son fondement.

Les Romains n'ont connu qu'un seul moyen susceptible de rendre ferme toute espèce d'obligations : c'est la stipulation. Aussi, comme il était d'usage de dénommer l'action d'après l'acte qui lui sert de fondement principal, on appela action *ex stipulatu* l'action qui sanctionnait les stipulations dont l'objet était incertain. Désormais, il fut vrai de dire que la prononciation des paroles consacrées suffisait pour donner naissance à l'obligation : la stipulation devint un acte juridique, une source d'obligations.

Il est difficile de dire à quelle époque la stipulation reçut ce nouveau caractère. Ce qui paraît hors de doute, c'est que l'action *ex stipulatu* n'appartient pas au système des actions de la loi : on n'en rapporte pas la création à une loi ; d'autre part, on n'a pu la rattacher à une des actions de la loi déjà existantes, car elle diffère essentiellement de l'action *certæ pecuniæ* et de la *condictio triticaria.* L'emploi de la forme archaïque *stipulatus,* au lieu de *stipulatio,* semble néanmoins indiquer qu'elle est assez ancienne.

(1) Paul, II, 14, 1 : Ex nudo pacto, inter cives Romanos, actio non nascitur.

Pendant longtemps, la *sponsio* fut la seule manière de faire une stipulation. Au sixième siècle, on rencontre une forme nouvelle de stipulation, la *fidepromissio* (1).

Comme la *sponsio*, la *fidepromissio* fut employée soit pour faire naître une obligation principale, soit comme mode de cautionnement (2). Mais, à la différence de la *sponsio*, elle put être invoquée en justice par ou contre un pérégrin. Est-ce à dire qu'elle n'offrait pas les mêmes dangers que la *sponsio* et l'*expensilatio*, lorsqu'elle avait pour objet une somme d'argent? Divers indices permettent de le conjecturer : d'abord, l'invocation spéciale de la *fides*; qui ressort de la dénomination de cette forme de stipulation, devait avoir une influence sur l'action qui la sanctionnait. Cette action devait être moins stricte que l'action *certæ pecuniæ* ou la *condictio triticaria*. Le juge n'était pas vraisemblablement tenu, en cas de condamnation, de s'attacher au chiffre indiqué dans la demande : il devait pouvoir le réduire. Bref, il avait à constater, non pas un *dari oportere*, mais un *dare facere oportere*. La *fidepromissio* devait être sanctionnée par l'action *ex stipulatu* (3).

Vers la fin de la République, on étendit aux actions de bonne foi la faculté de soumettre au juge les demandes ayant pour objet un *incertum;* le juge fut chargé d'évaluer l'intérêt du demandeur.

Les idées de répression et de peine ne disparaissent complètement que dans les actions de bonne foi : le juge reçoit ici les pouvoirs qui étaient précédemment réservés aux arbitres. Dans les stipulations, au contraire, l'idée dominante est celle de répression. Cette idée reçut des atténuations successives, si bien qu'à la fin de l'époque classique, le juge d'une action de droit strict avait, sauf dans l'action *certæ pecuniæ* qui conserva toujours son caractère primitif, des pouvoirs presque aussi étendus que le juge d'une action de bonne foi.

Néanmoins, même à l'époque classique, les Romains n'admettaient pas que le juge pût condamner le défendeur à exécuter sa

(1) Plaut., Men., V, 4, 6; Pseud., I, 3, 87.

(2) Scæv., 28 Dig., D., XLV, 1, 122, 1; Gaius, III, 116.

(3) Cette conclusion est confirmée par Scæv., loc. cit. : «Eaque sic recte dari fieri fideroganti Sticho... promisit Callimachus... Quæsitum est... an... actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur. Respondit... teneri. » Il est à remarquer, d'autre part, que, dans les cas où le préteur force l'un des plaideurs à fournir une satisdation au moyen d'*adpromissores*, le cautionnement a toujours lieu entre citoyens romains dans la forme de la *sponsio :* aucun texte ne parle de la *fidepromissio*, ni même de la *fidejussio*. Si les citoyens romains eux-mêmes ne pouvaient ici faire usage de la *fidepromissio*, c'est qu'elle conférait au créancier une garantie moins sûre, sans doute à cause de la latitude d'appréciation laissée au juge. Gaius, IV, 89; *Lex Julia municip.*, lin. 113. Cf. Varr., L. l., VI, 7, 74.

promesse : la condamnation a toujours pour objet une somme d'argent représentant l'intérêt pécuniaire du demandeur à l'accomplissement de l'obligation. Le juge ne peut pas, du moins directement, faire obtenir l'objet qui a été promis ou la chose dont le demandeur est reconnu propriétaire. Un interdit rendu par le préteur n'aurait pas plus d'effet : il n'aboutirait qu'à une condamnation pécuniaire. Si le défendeur refuse d'obéir, on ne peut faire autre chose que stipuler de lui une peine pour le cas où sa résistance serait reconnue mal fondée (1).

VI

EXTENSION DE LA SPHÈRE D'APPLICATION DES LOIS SILIA ET CALPURNIA.

I. — La loi Calpurnia, pas plus que la loi Silia, n'avait déterminé les causes en vertu desquelles le juge pourrait déclarer l'existence d'un *dari oportere* (2). Nous avons vu que l'usage les limita, dans le principe, à trois : la stipulation, l'*expensilatio*, le prêt. La jurisprudence, soutenue par la pratique judiciaire, fit admettre progressivement, dans d'autres cas, l'existence d'un *dari oportere* et, par conséquent, la faculté d'exercer l'action *certæ pecuniæ* ou la *condicto triticaria*. Ces divers cas ont été distingués, dans la suite, par des dénominations spéciales, alors que le nombre en avait été notablement accru (3).

Cette extension de la portée primitive du *dari oportere* appartient en grande partie à la période suivante. Cependant plusieurs d'entre elles remontent à l'époque que nous étudions : ce sont vraisemblablement la *condictio furtiva*, la *condictio ex injusta causa*, la *condictio indebiti*. Elles sont familières aux juristes des derniers siècles de la République ; les jurisconsultes classiques attribuent aux *veteres* plusieurs des règles qui les gouvernent (4). Le silence

(1) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 29, 3, 13, en donne un exemple remarquable. Celui qui, poursuivi par l'interdit *de homine libero exhibendo*, préfère se laisser condamner qu'exhiber, s'expose simplement à une série de procès et de condamnations pécuniaires. Il pourra y perdre toute sa fortune, mais non être directement forcé à accomplir le fait qu'on lui demande.

(2) C'est à Baron (*Die Condictionen*, 1881) que revient le mérite d'avoir établi que la *condictio* est une action abstraite qui n'exprime pas dans sa formule la cause de la dette. Pendant longtemps, on n'a distingué les *condictiones* que d'après leur objet.

(3) On trouve mentionnées au Digeste les *condictiones causa data, causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti, sine causa, furtiva, ex lege* (XII, tit. 4, 5, 6, 7; XIII, 1 et 2).

(4) Ulp., 18 ad Sab., D., XII, 5, 6; Tryph., 15 Disp., XIII, 1, 20. La *condictio furtiva* est, d'après Ulpien, 56 ad Ed., D., XLVII, 8, 2, 27, antérieure à l'édit du préteur Lucullus de 678 sur l'action *de vi hominibus armatis coactisve*. Bien qu'aucun texte ne parle de cette *condictio* avant le septième siècle, il est vraisemblable

des textes ne doit pas nous surprendre : la théorie des *condictiones ob causam* est l'œuvre des jurisconsultes classiques ; à l'époque où nous sommes, elle n'existait qu'à l'état de germe. Le mot *condictio* lui-même n'était pas employé dans le sens technique qu'on lui donna plus tard : on ne le trouve ni dans Plaute, ni dans Cicéron (1).

Les diverses applications de l'action *certæ pecuniæ* et de la *condictio triticaria* que nous venons de signaler n'avaient qu'une portée limitée : elles supposaient la réclamation d'une chose certaine. Fallait-il donc laisser sans protection celui qui avait à réclamer un *incertum?* C'est, par exemple, un propriétaire qui, en aliénant un fonds, a par erreur déclaré qu'il était libre de servitude alors qu'il devait retenir un droit de passage; un nu propriétaire qui a omis d'exiger une caution de l'usufruitier. Dans ces cas et autres semblables, la jurisprudence admit une *condictio incerti* (2).

Nous n'insisterons pas davantage sur cette double extension de la *condictio* sanctionnant un *dari fierive oportere* qui ne résulte pas d'un acte fiduciaire : nous y reviendrons en étudiant le droit classique. Nous nous contenterons d'en faire ressortir la signification au point de vue de la formation des actes juridiques.

II. — Il y a toute une série d'actes qui ont acquis une valeur juridique sans avoir jamais été consacrés par la loi. Parmi ces actes, les uns ont reçu, dans la suite, le caractère de contrats : le prêt, la stipulation, l'*expensilatio*. Les autres sont présentés par les jurisconsultes classiques comme donnant naissance à des obligations quasi contractuelles : c'est le vol, en tant qu'il oblige le voleur à indemniser le propriétaire de l'objet volé; le payement de l'indu; la dation faite en vertu d'une cause contraire au droit.

C'est ainsi que des faits matériels furent transformés en faits juridiques dans tous les cas où la jurisprudence y vit une cause suffisante pour affirmer l'existence d'un *dari fierive oportere*. Dès lors, ces faits furent considérés comme générateurs de droits tout aussi bien que ceux qui avaient été solennellement placés sous la

qu'elle fut admise à une époque antérieure : la nécessité de restituer s'imposait au voleur avec une force non moins grande qu'à l'emprunteur.

(1) Bekker, *Aktionen*, I, 106. Le *P. Rosc. com.*, 4, fournit de plus la preuve que, dans la seconde moitié du septième siècle, la *condictio sine causa* n'allait pas sans difficulté, sans quoi Cicéron n'aurait pu affirmer, comme il le fait, qu'une *condictio certi* ne peut avoir pour fondement qu'un prêt, une stipulation ou une *expensilatio*.

(2) Pomp., 22 ad Sab., D., XII, 6, 22, 1; Ulp., 16 ad Sab., D., VII, 5, 5, 1. Voigt, *J. N.*, IV, 403, fait remonter cette *condictio* à la loi Aquilia et la considère comme une variété de la *condictio triticaria*. Contra, Lenel, *E. P.*, 159. Il y a d'ailleurs des divergences notables entre les auteurs sur la portée de cette *condictio incerti*. Voy. Savigny, *System*, V, 605; Karlowa, *Civ. Pr.*, 240; Baron, 230; Lenel, *E. P.*, 122; Cogliolo sur Padeletti, 331.

garantie de la loi. La stipulation donna naissance à un droit de créance, de même que le legs *per damnationem;* mais le droit résultant de la stipulation était caractérisé par l'expression *dari fierive oportere,* celui qui résultait du legs par les mots *damnas esse.* Pareillement, les faits auxquels la loi avait directement attaché des conséquences juridiques, tels que les délits prévus par la loi Aquilia, imposaient au délinquant une obligation caractérisée par l'expression *damnas esse* (1). Cette différence en entraînait une autre quant à la procédure : les créances qui avaient eu pour objet un *dari oportere* donnaient lieu à la procédure *per condictionem;* celles qui avaient pour conséquence un *damnas esse* donnaient lieu au *sacramentum* ou à la *judicis postulatio* (2).

Lorsque, après la loi Julia *judiciaria,* les actions de la loi eurent été supprimées, la distinction entre les créances qu'on faisait valoir par serment ou *per condictionem* disparut : il n'y eut qu'une seule manière d'agir *in personam* pour l'une des causes qui, précédemment, conduisaient à un *dari oportere* ou à un *damnas esse.* Cette action fut appelée *condictio.* Cette conclusion est confirmée par un fait bien connu : le legs *per damnationem,* qui supposait l'emploi par le testateur de la formule *damnas esto,* donne naissance, d'après Gaius, à un *dari oportere* (3). Il y a là une preuve décisive de la fusion, désormais opérée, entre le *damnas esse* et le *dari oportere.* Mais cette fusion n'eut lieu que dans la forme; au fond, l'action *ex testamento* conserva son caractère propre : elle entraîne condamnation au double contre le défendeur qui nie sa dette (4), et diffère à plusieurs égards de l'action qui sanctionne une stipulation (5).

(1) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., IX, 2, 2 pr.

(2) Si cette opinion est exacte, on ne pouvait, avant les lois Silia et Calpurnia, agir en justice pour un *dari oportere* conçu d'une manière abstraite. Certes on pouvait réclamer une somme d'argent ou une chose déterminée, mais en vertu d'une cause concrète, par exemple d'un testament : *Aio te mihi C ex testamento dare damnas esse.* Cf. Bekker, *Aktionen,* I, 64.

(3) Cf. Gaius, II, 201 et 204.

(4) Peut-être par une fiction de *manus injectio.* Baron, *Die Condictionen,* 215.

(5) La transformation qui vient d'être signalée eut une conséquence qui ne doit pas passer inaperçue ; on a remarqué qu'à partir de l'époque où vivait J. César, l'action *certæ pecuniæ* est généralement appelée action *certæ creditæ pecuniæ.* (Voy. Lenel, *E. P.,* 186.) Pourquoi a-t-on jugé utile de qualifier ainsi cette action? C'est qu'elle comportait, à cette époque, des applications si variées qu'il était bon de les distinguer par une dénomination particulière. Sous le nom de *condictio certi,* on l'employait non seulement en cas de prêt, de stipulation, d'*expensilatio,* mais aussi en cas de vol, de payement de l'indu, d'enrichissement injuste, pour faire valoir les legs *per damnationem* ou le droit qu'on puisait dans la loi Aquilia. On réserva le nom d'action *certæ pecuniæ* aux trois cas où, depuis la loi Silia, elle avait été admise; mais comme, en réalité, cette action était une *condictio,* on la distingua en faisant ressortir dans sa dénomination nouvelle le *creditum* qui lui servait de fondement. On caractérisa pareillement les autres *condictiones* par des qualifications spéciales, *fur-*

En somme, le mot *condictio* désigne, en droit classique, toute action par laquelle on prétend *dari fierive oportere* (1). Restent en dehors les cas qui, dans l'ancien droit, donnaient lieu à un *arbitrium legitimum* ou *honorarium,* ou à la *judicis postulatio.*

III. — Cette conception des *condictiones* s'accorde parfaitement avec un texte célèbre qui, depuis longtemps, exerce la sagacité des interprètes (2). Que la *certi condictio* soit donnée pour toute cause en vertu de laquelle on réclame un *certum,* sans distinguer suivant qu'il s'agit d'un contrat, d'un legs ou du délit prévu par la loi Aquilia, c'est ce qui vient d'être démontré; c'est une conséquence de la transformation du *damnas esto* en un *dare oportere* (3).

tiva, indebiti, etc. Quant à la *condictio* désormais accordée au légataire *per damnationem,* on continua à l'appeler, comme dans l'ancien droit, action *ex testamento.* Il en fut de même pour l'action de la loi Aquilia.

(1) Gaius, IV, 5, IV, 5. C'est pour cela que l'action *rerum amotarum* elle-même (*supra*, p. 501, n. 1) est une *condictio.* Cf. Bekker, I, 144; Baron, 263. Voy. cep. Lenel, *E. P.*, 246.

(2) Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 9 pr. : Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto, licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio... § 1. Competit hæc actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia, sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur; sed et si ex senatusconsulto agetur competit hæc actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere solet.

(3) Il y a dans le texte quelques expressions qui ont paru obscures et qui demandent à être expliquées. Ulpien déclare que la *certi condictio* est donnée pour toute cause, pour toute obligation en vertu de laquelle on réclame un *certum ;* qu'il s'agisse d'un contrat *certus* ou *incertus,* il n'importe; toutefois, dans le cas d'une obligation contractuelle, il faut qu'elle soit pure et simple. Prise à la lettre, cette assertion a paru inadmissible : comment réclamer un *certum* en vertu d'un contrat *incertus?* On a essayé de tourner la difficulté par un moyen ingénieux dont l'idée première appartient aux glossateurs. L'expression *certum petere* ferait allusion, non pas à l'objet direct de l'obligation, mais à l'estimation pécuniaire de cet objet; le mot *certum* voudrait dire ici argent comptant (Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 3, 1 pr.; 66 ad Ed., D., XLIII, 2, 6, 1). Le texte signifierait que, sous le système de procédure formulaire, où toute condamnation est pécuniaire, on a la faculté d'exercer la *condictio certi* pour toute espèce de prétentions, à la condition d'estimer soi-même au préalable le montant de son intérêt et de réclamer la somme ainsi fixée, au risque d'encourir la pluspétition. Baron, op. cit., 19, 89. Assurément, si le mot *incertus* avait ici le sens qu'on lui donne dans l'expression *incerta stipulatio,* s'il faisait allusion à l'objet du contrat, la difficulté serait sérieuse. Mais on peut établir qu'il a une signification toute différente : l'obligation *ex incerto contractu* dont parle Ulpien n'est autre chose qu'une obligation *quasi ex contractu.* L'*incertus contractus* désigne un groupe des *variæ causarum figuræ* que Gaius, 2 Aureor., D., XLIV, 7, 1 pr., présente comme une source d'obligations. Les jurisconsultes ont été fort embarrassés pour classer les obligations quasi contractuelles : à proprement parler, dit Gaius, elles ne naissent pas d'un contrat; mais comme elles ne résultent pas non plus d'un délit, on se tire d'affaire en disant qu'elles naissent comme d'un contrat. Ulpien a moins de scrupules : il range la tutelle, la gestion d'affaires, l'indivision, parmi les contrats (29 ad Sab., D., L, 17, 23); Paul (18 ad Plaut., D., XLIV, 7, 49) en fait autant pour la tutelle. Ils ont cependant l'un et l'autre le sentiment qu'il n'y a pas ici un véritable contrat : Ulp., 24 ad Sab., D., L, 17, 19 pr., dit que l'héritier ne contracte pas spontanément avec les légataires. Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 16, caractérise les rapports des légataires avec l'héritier en disant : *Non contrahimus, sed incidimus in eum.* C'est pour cela qu'Ulpien, dans notre texte, oppose le contrat *incertus* à

Si l'interprétation que nous venons de donner du fragment d'Ulpien est exacte, il s'ensuit que la *condictio certi* ne peut résulter d'un contrat tendant à *dare facere oportere*, comme les contrats consensuels (1). Il y a cependant divers textes qui semblent supposer le concours de la *condictio certi* et d'une action née d'un contrat consensuel (2). Ces textes peuvent s'expliquer de la

celui qui est *certus*. Voici, en effet, un fragment emprunté au livre suivant (27) de son commentaire sur l'Édit et qui ne paraît laisser aucun doute à cet égard (D., XIII, 5, 1, 6) : « Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quacumque contractu, sive certi, sive incerti, etsi ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel ex quocumque alio contractu. » Le constitut, dit Ulpien, s'applique à une dette résultant d'une cause quelconque, c'est-à-dire de toute espèce de contrat *sive certi sive incerti*. Entre ce texte et celui dont nous nous occupons l'analogie est frappante : c'est la même tournure de phrase, c'est aussi la même question et la même réponse, à part la différence qui résulte de la nature du constitut. Dans les deux cas, Ulpien parle de contrats certains ou incertains; mais dans le fragment extrait du liv. 27, il les désigne d'une manière un peu différente : il les appelle *contractus sive certi sive incerti*, sous-entendu *generis*. Il fait plus encore : dans le même fragment, il donne des exemples de ces deux sortes de contrats. Il cite la vente, la promesse faite à titre de dot, même la tutelle qu'il range parmi les contrats d'un genre incertain.

(1) On a essayé de prouver le contraire. Cic., P. Rosc. com., 6, admet, dit-on, la possibilité d'exercer la *certi condictio* pour une dette née d'un contrat de société. (Baron, op. cit., 98, 170.) Mais Cicéron ne dit pas que la société puisse donner lieu à une action *certæ pecuniæ ;* il se borne à poser la question, et sa réponse est négative. Si Fannius avait voulu se prévaloir du contrat, il aurait dû recourir à l'*arbitrium pro socio*. Cicéron lui reproche de ne l'avoir pas fait, comme si c'eût été possible; puis il demande ironiquement si Fannius, en exerçant l'action *certæ pecuniæ*, a voulu épargner à Roscius une condamnation entraînant l'infamie; il feint de ne pas apercevoir la vraie raison qui a déterminé le demandeur. Mais peu après il y revient (c. 11), et l'on peut juger, d'après son argumentation, du système adopté par Fannius. Celui-ci soutenait que Roscius ne pouvait sans injustice conserver la totalité de la valeur qu'il avait reçue de Flavius, même s'il avait transigé en son nom personnel (c. 17). Est-ce à titre d'associé qu'il élevait cette réclamation? Non, car la société avait été dissoute par la mort de Panurge, qui constituait l'actif social. Cicéron le reconnaît lui-même, et s'il emploie les mots *socius*, *societas*, c'est improprement et parce qu'il ne trouve pas d'expression pour désigner la communauté d'intérêts que Fannius prétend exister. Cicéron en a si bien conscience que, lorsqu'il se demande (c. 11) si Roscius a transigé pour sa part ou pour la société, il se reprend pour dire : Est-ce pour lui seul, ou bien pour Fannius et pour lui? Sur quoi donc se fondait Fannius pour prétendre qu'un *dari oportere* existait à la charge de Roscius? Sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'action qu'il avait intentée était une *condictio ex injusta causa*. Cicéron se défend en disant : « Nihil in ea re tibi injuriæ feci » (c. 11). Le *P. Roscio* ne peut donc servir à prouver que la *condictio certi* fût employée, au temps de Cicéron, pour faire valoir une dette résultant d'un contrat de société. — C'est une tout autre question que de savoir si, plus tard, alors qu'on n'avait plus une idée bien nette de la distinction si tranchée à l'origine, entre les actions de droit strict et de bonne foi, on n'a pas fini par admettre la faculté d'exercer la *condictio certi*, en vertu d'un contrat de bonne foi : c'est l'opinion d'un commentateur du Digeste contemporain de Justinien (Steph. ap. Heimbach, Basiliq., II, 595). Mais le demandeur devait avoir soin de transformer au préalable l'objet de sa créance en estimant, à ses risques et périls, le montant de son intérêt.

(2) Paul, 18 ad Ed., D., XII, 2, 28, 4; Ulp., 74 ad Ed., D., XLII, 2, 5; Marc., 3 Reg., D., VIII, 2, 35; Paul, 30 ad Ed., D., XIV, 3, 17, 5; 5 ad Sab., D., XIX, 1, 8 pr.; Ulp., 2 ad Ed., D., XLIV, 7, 36; 30 ad Ed., D., XXV, 2, 17, 2.

manière suivante : l'emploi de la *condictio,* dans ces divers cas, remonte à une époque où l'action contractuelle n'avait pas la portée qui lui fut plus tard attribuée. La *condictio* servait ici à compléter les effets de l'action contractuelle ; là où celle-ci n'était pas possible, on y suppléait par une *condictio* où l'on essayait de prouver qu'il y avait pour le défendeur une nécessité morale de donner ou de faire (*dari fierive oportere*). Lorsque, à la fin de l'époque classique, le juge d'une action de bonne foi eut reçu des pouvoirs très étendus, la *condictio* aurait dû disparaître ; elle fut cependant conservée à côté de l'action contractuelle : la théorie des contrats innomés en fournit une preuve décisive. Pour ne pas se méprendre sur cette nouvelle application de la *condictio,* il ne faut pas oublier que les Romains n'ont pas formulé ici de règle générale. On rencontre seulement des décisions isolées sur un certain nombre de cas qui avaient plus particulièrement attiré leur attention ; il y en a d'autres où un enrichissement injuste était toléré.

IV. — En résumé, l'application de l'action de la loi *per condictionem* a été considérablement élargie par suite de la faculté laissée au juge de déterminer les cas où il y avait lieu d'admettre un *dari oportere.* Trois cas furent d'abord consacrés par l'usage : le prêt, la stipulation, l'*expensilatio.* Dans chacun d'eux, le *dari oportere* résultait d'un acte fiduciaire; c'était un devoir de morale qu'on transformait en une obligation juridique.

D'assez bonne heure l'existence d'un *dari oportere* fut pareillement admise, en dehors de tout acte fiduciaire, pour empêcher un enrichissement injuste aux dépens d'autrui : en cas de vol, de payement de l'indu, de dation en vertu d'une cause contraire au droit.

L'action de la loi *per condictionem* paraît avoir été également étendue aux cas où le juge déclarait *fieri oportere :* c'est du moins ce qui semble résulter des textes qui font rentrer la *condictio incerti* dans la *condictio triticaria* (1). La *condictio* que la loi Calpurnia avait autorisée dans le cas où la dette avait pour objet du blé, fut étendue à toute espèce de choses certaines. Le juge eut dès lors le pouvoir d'apprécier l'intérêt pécuniaire du demandeur. Une fois entré dans cette voie, pourquoi ne lui aurait-on pas donné pareillement le pouvoir d'apprécier cet intérêt lorsqu'il s'agissait d'un fait et non d'une dation ?

Si la *condictio incerti* n'est pas une extension de la *condictio triticaria,* on ne voit pas à quoi l'on pourrait la rattacher, ni com-

(1) Savigny, *System,* V, 627, 618 ; Voigt, *J. N.,* IV, 403. Contra Baron, 205; Karlowa, *Civilprozess,* 240; Lenel, *E. P.,* 122.

ment on en justifierait l'existence, à moins d'admettre qu'elle ne soit une création des jurisconsultes classiques. Mais les actions qui, en droit classique, ont reçu le nom de *condictiones,* avaient une existence propre à l'époque antérieure (sauf la *condictio ex lege*). Il paraît donc plus vraisemblable de voir dans la *condictio incerti* une application de l'action de la loi *per condictionem* (1).

Lorsque les actions de la loi eurent été supprimées, on conserva la dénomination de *condictio* pour désigner les actions tendant à *dari fierive oportere,* bien que cette dénomination eût perdu sa raison d'être. Il n'y avait plus d'invitation à prendre un juge au bout de trente jours ; l'antique dénonciation n'existait plus, pas même à l'état de fiction. Comme pour les droits garantis par l'État, on citait directement son adversaire devant le magistrat, sans dénonciation préalable. C'était une conséquence de la transformation du *dari oportere* en un droit proprement dit. Le créancier n'avait plus à proposer à son débiteur de prendre un juge, alors qu'il avait un droit reconnu par la loi ou par l'usage. En un mot, sa situation fut la même que dans le cas où il pouvait se prévaloir d'un *damnas esse.* Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'on ait cessé de distinguer *damnas esse* et *dari fierive oportere,* et qu'on ait fait rentrer dans la notion de la *condictio* les cas qui donnaient lieu anciennement à un *damnas esse.* On attribua pareillement le nom de *condictiones* aux actions nouvellement introduites en vertu d'une loi ou d'un sénatus-consulte et tendant à *dari fierive oportere :* ce furent les *condictiones ex lege.*

VII

TRANSFORMATION DES *ARBITRIA* EN ACTIONS DE BONNE FOI.

Le résultat des recherches que nous avons faites jusqu'ici, c'est que les Romains se sont placés à deux points de vue différents pour assurer l'exécution des engagements :

1° L'inexécution de la promesse constitue un tort qui mérite une répression et entraîne l'application d'une peine.

2° L'inexécution de la promesse donne lieu simplement à la comparution des parties devant un arbitre qui statuera d'après l'usage des honnêtes gens.

De ces deux points de vue, le premier est le seul que connaisse

(1) On considérait autrefois l'action *ex stipulatu* comme une *condictio incerti :* on s'accorde aujourd'hui à distinguer ces deux actions. L'action *ex stipulatu* fut admise d'assez bonne heure, dans les cas où l'on avait promis sur stipulation *rem uxoriam, habere recte licere, fidem.* (*Sup.*, p. 607, 682.) Régulièrement, il aurait fallu faire évaluer par un arbitre la prestation imposée au promettant, puis en réclamer le mon-

le droit. La comparution des parties devant un arbitre ne crée qu'une obligation de conscience, à moins que les parties ne se soient engagées à l'observer par des stipulations de peine réciproques.

Les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens ne sont pas restés de tout temps en dehors de la sphère du droit. Comment s'est effectuée la transformation d'un simple devoir en une obligation pourvue d'action? La question est délicate; on n'est d'accord ni sur le mode ni sur la date (1). A notre avis, la transformation s'est opérée insensiblement, aux derniers siècles de la République, avec le concours de la jurisprudence et du préteur; elle a sans doute été achevée par les lois judiciaires de César ou d'Auguste. L'*arbitrium* est devenu un *judicium*, et l'action a été dénommée, d'après le trait le plus général qui caractérise la façon dont les parties doivent se comporter, « action de bonne foi ». A côté des règles spéciales à chaque acte, on a dégagé des règles communes dont l'ensemble forme ce qu'on appelle la bonne foi.

La transition de l'*arbitrium*, qui n'avait qu'une sanction morale, à l'action de bonne foi, qui fournissait un moyen régulier de faire valoir son droit en justice, paraît avoir été préparée par l'*arbitrium honorarium*. Q. Scævola parle d'*arbitria* qui sont caractérisés par les mots *ex fide bona :* ce sont ceux qui résultent de la tutelle, de la société, de la fiducie, du mandat, de la vente, du louage (2). Cicéron les appelle aussi *sine lege judicia* (3). Ailleurs, il parle d'*arbitria honoraria* qu'il oppose aux *judicia legitima* d'une part, aux *officia domestica* d'autre part (4).

La nature de ces *arbitria* ne paraît pas être dans tous les cas identique. Lorsque Cicéron les appelle *judicia sine lege,* il paraît bien les considérer comme donnant lieu à une action en justice. Lorsqu'il les qualifie *honoraria,* il est permis de croire que l'intervention du magistrat leur communique une force particulière.

tant par l'action *certæ pecuniæ*. On trouva plus simple de donner au juge des pouvoirs assez larges pour estimer l'intérêt résultant, pour le demandeur, de la stipulation.

(1) Keller, *Procédure civile*, § 7, pense que les actions de bonne foi remontent aux actions de la loi, et qu'on les faisait valoir par l'*arbitri postulatio*. Dans l'opinion la plus générale, les contrats consensuels n'ont été sanctionnés que vers la fin de la République. Bekker, I, 148; Ihering, III, 174, 214; Voigt, *J. N.*, III, 844, 968; Wlassak, *Neg. gest.*, 36; Kuntze, II, 240. Voy. cep. Baron, 196; Karlowa, 140.

(2) Cic., De off., III, 17 : Q. Scævola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona;* fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ societas contineretur. Cf. Boeth., in Top., 17 : In his igitur judiciis, in quibus additur, ut « ex bona fide » judicent... *considerantur mores.*

(3) Cic., De off., III, 15.

(4) Cic., P. Rosc. com., 5.

Mais quand il parle, d'après Q. Scævola, des *arbitria* en général, il ne suppose point qu'ils entraînent une condamnation pécuniaire; il se borne à dire qu'ils ont une très grande force, et que, si l'arbitre est un bon juge, il doit déterminer ce que chacune des parties est tenue de prester à l'autre.

Les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens peuvent donc, suivant les cas, donner lieu à un simple arbitrage confié à un homme de bien sans caractère officiel, ou à une sorte d'action en justice dans laquelle l'arbitre est institué par le préteur et reçoit, comme un juge, le pouvoir de condamner (1). Cette distinction nous paraît serrer les textes de plus près qu'on ne le fait dans l'opinion commune. On admet, en général, que depuis l'introduction du système formulaire, et tout au moins au temps de Cicéron, la vente, la société et les autres actes donnaient toujours lieu à une action proprement dite sous le nom d'*arbitrium honorarium* (2). Cette opinion, qui tend à considérer les *arbitria* comme formant déjà des actions de bonne foi, ne permet pas d'expliquer d'une manière satisfaisante ni les textes qui parlent simplement d'*arbitria,* ni ceux qui les qualifient *honoraria.* Pourquoi aurait-on fait une allusion particulière à l'intervention du magistrat pour des actions fondées exclusivement sur la coutume?

Le rôle du préteur nous paraît s'expliquer plus aisément d'une autre manière. La vente, la société et les actes analogues engendrent des rapports pour lesquels le préteur n'a pas jugé utile de promettre par avance d'organiser une instance. Il estimait que son intervention n'était pas nécessaire en principe, car de deux choses l'une : ou les parties n'avaient l'une dans l'autre qu'une confiance limitée, et dans ce cas elles devaient avoir soin de confirmer par une stipulation l'engagement contracté; ou leur confiance réciproque était entière, et dans ce cas on n'avait pas à prévoir que l'une d'elles refuserait de se soumettre à l'avis de l'arbitre. Cependant, si d'un commun accord les parties demandent au préteur de donner à l'arbitre choisi les pouvoirs d'un juge, il paraît vraisemblable que le magistrat, s'il croyait la cause juste, conférait à l'arbitre le pouvoir de condamner(3). Si, au temps de

(1) D'après Hartmann, *Röm. Gerichtsverfassung*, 267, le mot *honorarius* signifierait que l'arbitre intervient spontanément et pour faire honneur à ceux qui ont recours à lui. Il est possible que, dans certains passages de Cicéron, le mot *honorarius* ait cette signification, par exemple dans P. Cæc., 2; mais il paraît difficile de contester qu'il désigne un arbitre nommé par le magistrat lorsque Cicéron oppose les *arbitria honoraria* aux *judicia legitima.* L'antithèse du *legitimum jus* et du *jus honorarium* ne permet guère d'en douter. Voy. Karlowa, 127, et Voigt, *J. N.,* IV, 454.

(2) Voy. Voigt, *J. N.,* IV, 454; Karlowa, op. cit., 140.

(3) Cic., Ad Her., II, 13, en donne un exemple relatif au mandat. Ce n'est pas seulement pour sanctionner les actes fiduciaires qu'il fut permis de demander

Cicéron (1), on discutait sur la distinction du juge et de l'arbitre, c'est sans doute qu'il arrivait fréquemment que le préteur donnait à l'arbitre les pouvoirs du juge; mais l'arbitre n'en conservait pas moins, comme Cicéron le reconnaît ailleurs, son mode d'appréciation très différent de celui du juge (2). Les parties y trouvaient l'avantage d'obtenir par ce moyen un titre de créance exécutoire.

Pour organiser un *arbitrium honorarium,* il fallait deux choses : l'accord des plaideurs comme pour un *judicium;* puis un décret spécial du préteur qui, n'étant pas lié par son édit, pouvait à son gré accueillir ou rejeter la demande tendant à l'institution de l'arbitre (3).

Ces *arbitria* étaient *honoraria,* non par leur origine, ni par leur fondement, mais seulement parce que le préteur leur procurait l'efficacité qui leur faisait défaut. Ils différaient des actions prétoriennes en ce que le préteur n'avait pas pris l'initiative de les sanctionner; il ne s'engageait pas à l'avance à organiser une instance; il rendait dans chaque cas un décret particulier. L'arbitre, ainsi désigné en dehors des cas prévus par la loi, n'était pas soumis à la disposition des Douze Tables qui punissait le déni de justice (4). Le préteur dut combler cette lacune : il créa

un arbitre : il en fut de même pour les interdits restitutoires et exhibitoires. Dans ces interdits, le défendeur avait la faculté d'éviter la stipulation de peine en ayant soin de demander un arbitre lors de sa comparution devant le magistrat. L'arbitre fixait le montant de la somme à payer en cas de contravention (LENEL, *E. P.*, 358). Il est à remarquer que, même en droit classique, la procédure des interdits a conservé ces deux modes de sanction si différents. C'est un souvenir d'un antique usage qui s'est perpétué jusque sous l'Empire.

(1) P. Mur., 12.

(2) CIC., P. Rosc. com., 4. C'est là un point capital dans l'histoire de la transformation des *arbitria* en actions de bonne foi, et qui n'a pas été assez remarqué. Aussi plusieurs auteurs ont-ils prétendu que les actions de bonne foi ont été dans le principe appréciées par le juge à la manière des actions de droit strict. Voy. BEKKER, *Aktionen,* I, 160; BECHMANN, *Der Kauf,* I, 468; BERNHÖFT, *Staat und Recht;* Hugo KRUEGER (Z. Sav. St., 1890, p. 193). Ce serait la jurisprudence qui aurait fait de la bonne foi un criterium pour servir à l'appréciation du juge, tandis qu'auparavant c'était seulement une règle de conduite pour les parties. On ne voit pas bien comment on aurait réussi à modifier si profondément le mode d'appréciation d'actes aussi usuels que la vente et les autres contrats. Il nous semble bien plus conforme à la marche habituelle de la jurisprudence romaine de penser qu'elle s'est bornée à transporter purement et simplement au juge de l'action de bonne foi le mode d'appréciation de tout temps usité dans les arbitrages.

(3) On fut d'autant plus fondé à invoquer ici l'intervention du préteur lorsqu'il promit dans son Édit d'assurer l'observation des pactes. (CIC., De off., III, 24. Cf. VOIGT, *J. N.,* III, 905, qui attribue l'introduction de cette clause à C. Cassius Longinus, préteur en 627.) Au temps de Cicéron (ad Her., II, 20), on donnait le nom de pactes à la vente, au louage, à la société. Il en fut ainsi jusqu'au temps de Servius Sulpicius, qui paraît avoir, le premier, distingué les obligations formées *re, verbis, litteris, consensu.*

(4) Voy. *supra,* p. 438, n. 3.

une action contre l'arbitre qui, après avoir accepté la mission de connaître d'une affaire, refuserait de statuer. La fonction d'arbitre n'était pas, comme celle de juge, une charge publique : on était libre de la décliner ; mais, si on l'acceptait, on était tenu de remplir sa mission jusqu'au bout.

A la longue, les règles consacrées par l'usage des honnêtes gens et confirmées par une jurisprudence constante (1) finirent par être assimilées à celles qui dérivaient de la loi ; elles acquirent force de loi à titre de droit coutumier. On ne se préoccupa plus de leur origine, et comme le recours en justice était devenu la règle générale, l'*arbitrium* se transforma en un *judicium ;* on cessa de distinguer l'arbitre du juge ; on ne conserva de l'*arbitrium* que la latitude d'appréciation qui le caractérisait. C'est vraisemblablement à la suite des lois *Juliæ judiciariæ* que s'est définitivement opérée la fusion de l'*arbitrium* et du *judicium,* et que l'on a substitué à la dénomination *arbitrium ex empto vendito,* etc., celle d'action *empti, venditi,* etc. Le préteur promit dans son édit de donner une action proprement dite tout aussi bien que lorsqu'on agissait en vertu d'une loi ou de l'édit. L'action porta le nom d'action de bonne foi.

Ces actions nouvelles formèrent la classe des actions de bonne foi ; mais les *arbitria* ne sont pas l'unique source des actions de cette espèce. Il y a certains actes qui ont été dans le principe sanctionnés par le préteur et auxquels la jurisprudence a appliqué peu à peu les règles reçues dans l'usage des honnêtes gens pour des actes analogues : tel est le cas du dépôt et du commodat (2). Cette extension présentait l'avantage de faire apprécier avec plus de largeur les droits des parties : l'action prétorienne était subordonnée à certaines conditions rigoureusement déterminées ; l'action de bonne foi donnait au juge un pouvoir d'appréciation plus large, et, par suite, permettait de donner plus complètement satisfaction à l'équité.

En résumé, les actions de bonne foi, à l'époque classique, comprennent : 1° les cas où anciennement on avait recours à l'arbi-

(1) On peut l'induire d'un texte relatif à l'action *tutelæ contraria*. Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 4, 1 pr., affirme que le préteur l'a proposée et introduite dans l'usage, et cependant il n'y a pas trace d'un édit en cette matière (Lenel, *E. P.*, 255). N'est-ce pas dire que le préteur prit l'habitude d'offrir aux tuteurs de donner à l'arbitre les pouvoirs d'un juge ? Il n'est pas nécessaire de supposer que ce fut d'abord une action de gestion d'affaires.

(2) Il en a été vraisemblablement de même de la gestion d'affaires. Voy. *supra*, p. 652, n. 4. Il est à remarquer que les cas où le préteur a pris sur lui d'organiser une instance sont ceux où l'on ne peut reprocher au créancier de n'avoir pas eu recours à la stipulation si sa confiance n'était pas entière. Cela est également vrai de l'action *funeraria,* qui paraît très ancienne.

trage d'un homme de bien ; 2° certains cas auxquels on a étendu l'application de cet usage et qui, anciennement, donnaient lieu à une action prétorienne.

Nous aurons à rechercher, en étudiant la période suivante, comment les jurisconsultes ont établi une classification des actes fiduciaires suivant qu'ils se forment *re, verbis, litteris* ou *consensu*, et comment ils ont dégagé l'idée générale qui leur sert de fondement, celle de pacte, puis une notion plus étroite et plus précise, la notion de contrat (1).

CHAPITRE XIV

De la nature du droit résultant des actes fiduciaires.

I. — Les Romains désignent le droit de créance par le mot *nomen*. Pour eux, la créance se réduit à un nom, celui du débiteur (2). C'est là une différence profonde qui sépare le droit du créancier de celui du propriétaire : au lieu de l'identifier avec l'objet matériel du droit, on l'identifie avec le nom du débiteur. Au lieu de dire : La chose qu'il m'a promise est à moi, le créancier dit au débiteur : J'ai ton nom.

Cette façon de concevoir le droit de créance est assez étrange : à l'époque où l'on peut dire que les droits de créance sont pour la plupart sanctionnés par la loi, le droit du créancier porte, sinon sur l'objet promis, du moins sur l'ensemble des biens du débiteur qu'il pourra faire saisir et vendre à défaut de payement ; on ne voit donc pas pourquoi l'on caractériserait le droit de créance par le nom du débiteur. Sans doute, pour faire valoir son droit en justice, le créancier doit nommer son débiteur ; c'est là le propre des actions personnelles. Mais cette particularité de la procédure suffit-elle à expliquer pourquoi le droit de créance se confond avec le nom du débiteur? Il semble qu'on peut en donner une raison meilleure en voyant dans ce mot, conservé par la langue des jurisconsultes classiques, un vestige d'une époque où le droit du créancier était réellement limité au nom

(1) La notion de contrat, opposée à celle de pacte, est récente. Gaius, III, 89, ne dit pas : il y a quatre classes de contrats, mais quatre classes d'obligations que l'on distingue suivant la manière dont elles se contractent. Cf. Gaius, III, 163, 182.

(2) Afric., 6 Quæst., D., XXXII, 64 : Nomina debitorum præstare. Cic., In Verr., II, 1, 10 : Nomen exigere. Top., 3 : in nominibus esse. Après l'introduction de l'*expensilatio,* le mot *nomen* fut employé indistinctement pour désigner la dette ou la créance. Voy. *supra*, p. 673, n. 1.

du débiteur et ne s'étendait ni à son corps, ni à ses biens. Telle était en effet la situation du créancier en vertu d'un acte fiduciaire : il n'avait contre son débiteur qu'un moyen de contrainte purement moral; il lui faisait entrevoir qu'en manquant à sa parole il s'exposait à faire noter son nom sur les registres du cens comme celui d'un malhonnête homme (1).

Ainsi envisagé, le droit du créancier ne pouvait compter dans le patrimoine (2). Son exécution dépendant de l'honorabilité du débiteur, il n'avait pas de valeur pécuniaire. C'était un droit attaché au nom du débiteur, ayant pour objet un acte de sa volonté : il était dès lors subordonné à la vie du débiteur, il devait s'éteindre à son décès.

Les dettes résultant d'un acte fiduciaire sont intransmissibles passivement; elles le sont aussi activement : le débiteur a engagé sa foi envers une personne déterminée ; dès l'instant que cette personne n'existe plus, on ne peut le blâmer de se considérer comme dégagé.

Le principe de l'intransmissibilité des créances et des dettes a laissé des traces jusque dans le droit classique : c'est par exemple la règle d'après laquelle nul ne peut ni stipuler, ni promettre pour une date postérieure à sa mort. Gaius essaye de la justifier en disant qu'il eût été contraire à l'élégance du droit qu'une obligation prît naissance en la personne de l'héritier; mais cette raison est insuffisante : au lieu de supposer que les parties ont voulu reculer jusqu'au décès de l'une d'elles la naissance de l'obligation, on aurait dû plutôt présumer qu'elles entendaient simplement en retarder l'exigibilité; aussi la règle a-t-elle été écartée par Justinien (3). Comment donc a pu s'introduire une pareille règle? Elle ne peut s'expliquer qu'en remontant à une époque où créances et dettes étaient intransmissibles : stipuler ou promettre pour après sa mort, c'était faire un acte inutile et qui ne pouvait être réalisé. De même la créance née d'une *adstipulatio* est restée intransmissible ; l'obligation du *sponsor* et celle du *fidepromissor* s'éteignent au décès de la caution et ne passent point à leurs héritiers (4).

Les applications de la règle antique ont subsisté en droit classique pour des causes diverses : la règle d'après laquelle on ne peut ni stipuler, ni promettre *post mortem suam*, n'offrait pas un

(1) La dénomination donnée à la flétrissure résultant de la note du censeur montre qu'elle affectait le nom de la personne : *ignominia*. Voy. en sens divers : KUNTZE, I, 410; ACCARIAS, II, 3.

(2) Voy. *supra*, p. 499.

(3) GAIUS, III, 100; C. J., IV, 11, 1.

(4) GAIUS, III, 114, 120; IV, 113. Voy. ESMEIN, *Nouv. Rev. hist.*, 1887, p. 49.

grand intérêt pratique, et pour les cas où l'intérêt existait, les jurisconsultes fournirent un moyen de l'éluder en validant les stipulations et promesses *cum moriar* ou *cum morieris*. L'intransmissibilité de la créance de l'*adstipulator* fut maintenue, parce que l'*adstipulator* était l'homme de confiance du stipulant, une sorte de mandataire, et que la confiance ne se transmet pas aux héritiers. Quant à l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor*, si l'on ne jugea pas utile de la rendre transmissible aux héritiers, c'est qu'on avait créé une forme nouvelle de cautionnement qui donnait toute sécurité aux créanciers.

Le principe de l'intransmissibilité des créances et des dettes ne pouvait convenir aux besoins de la pratique. Sans doute, dans la société antique, les créances constituaient un élément peu important de la fortune des citoyens et un élément peu apprécié. L'intransmissibilité n'avait pas le caractère choquant qu'elle présenterait aujourd'hui ; il n'y avait pas alors de ces vastes entreprises qui exigent la formation de contrats à longue échéance. Chez un peuple d'agriculteurs, les engagements entre amis ou voisins ne mettaient en jeu que des intérêts pécuniaires très limités. Il en fut autrement au sixième siècle : lorsque les relations d'affaires prirent une grande extension, les droits résultant des actes fiduciaires formèrent une partie souvent considérable de la fortune des citoyens ; il n'était plus possible d'en faire abstraction, de les considérer comme une quantité négligeable. Les prudents durent imaginer des expédients, soit pour rendre moins précaire le droit du créancier, soit pour assurer à ses héritiers l'émolument de son droit.

Pour obvier à l'intransmissibilité des dettes, ils conseillèrent d'exiger l'intervention soit de plusieurs personnes qui seraient tenues solidairement de la même dette (*correi promittendi*), soit de cautions à qui le créancier pourrait demander le payement comme au débiteur principal (1). Ces personnes devaient être choisies parmi les parents ou amis du débiteur, ou même, lorsqu'il n'avait pas d'héritiers siens, parmi ses héritiers présomptifs. Les fils de famille incapables de s'obliger n'auraient pu figurer comme garants.

Pour obvier à l'intransmissibilité des créances, les prudents imaginèrent un procédé analogue : pour diminuer les chances d'extinction de la créance au décès du titulaire, on priait un ou

(1) Il n'y avait pas à cette époque de différence bien considérable entre le cautionnement et la solidarité ; le caractère accessoire du cautionnement n'était pas encore dégagé. Cf. Hauriou, *Nouv. Rev. histor.*, 1882, p. 227 ; Gérardin, *Étude sur la solidarité*, 1885, p. 3.

plusieurs amis d'en stipuler l'objet en même temps que le principal intéressé, soit comme stipulants accessoires (*adstipulatores*), soit comme stipulants principaux (*correi stipulandi*). Il était entendu que si l'*adstipulator* lui survivait, il transmettrait aux héritiers du créancier le bénéfice de l'obligation (1). Quant au cocréancier solidaire, il n'était pas tenu, à moins de convention particulière, de rendre des comptes dans le cas où il avait obtenu le payement de la créance. On s'explique d'ailleurs l'absence de toute convention dans le cas où il était précisément l'héritier présomptif du stipulant.

Un autre expédient d'un usage beaucoup plus général consistait à stipuler pour soi et pour ses héritiers (2). Cette formule se rencontre fréquemment dans les écrits des jurisconsultes; elle avait l'avantage de ne pas conférer par avance à l'héritier présomptif un droit que le *de cujus* ne pouvait plus révoquer. La clause n'aurait pas eu de raison d'être si l'on eût admis que les créances nées de la stipulation passaient de plein droit aux héritiers ; elle s'explique très bien dans l'hypothèse contraire et constitue une des plus fortes preuves à l'appui de notre manière de voir.

II. — L'intransmissibilité des créances et des dettes résultant des actes fiduciaires était-elle une conséquence de la nature de ces actes, ou d'une conception des obligations propre à l'ancien droit? Il ne semble pas que l'intransmissibilité ait été, aux premiers siècles de Rome, la règle générale; nous inclinons à croire que les actes contenant une *damnatio* conféraient un droit sur le corps du débiteur ainsi que sur sa maison. Par suite, tout ce qui était soumis à sa maîtrise, personnes et choses, était à la discrétion du créancier. La créance ou la dette était un avantage ou une charge pour la maison plutôt que pour le chef de la famille; elle profitait aux héritiers, ou leur était opposable en leur qualité de continuateurs de la maison (3).

Divers faits viennent confirmer cette conjecture : 1° Il y a tout au moins une catégorie de dettes qui passaient aux héritiers : ce sont les dettes envers les dieux. Il est certain que les héritiers avaient la charge du culte ; l'idée de la transmissibilité des dettes n'était donc pas étrangère aux Romains des premiers âges. 2° Il

(1) Gaius, III, 117.

(2) On en trouve de nombreux exemples particulièrement dans les commentaires sur Sabinus. Ulp., 49 ad Sab., D., XLV, 1, 3 pr. ; 38 pr., § 1, 12 à 14; Paul, 12 ad Sab., eod., 4 pr. ; 37 ad Ed., eod., 49, 2; 75 ad Ed., eod., 85, 3; 18 ad Plaut., eod., 92.

(3) Il n'y a pas à distinguer ici, comme nous l'avions pensé autrefois, entre les héritiers siens et les héritiers externes : les uns et les autres continuent la maison du *de cujus*.

est d'autant plus vraisemblable que les dettes envers les hommes étaient à cet égard traitées comme les dettes envers les dieux, que les textes rapprochent ces deux sortes de dettes. 3° La transmissibilité des dettes est attestée par une institution dont l'antiquité n'est pas douteuse : l'usucapion *pro herede*. Cette usucapion, dit Gaius, a été admise pour assurer aux créanciers un recours contre ceux qui se porteraient héritiers (1). 4° Divers textes affirment que, d'après les Douze Tables, les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. Ces textes sont, il est vrai, d'une époque assez basse; mais il n'y a nulle raison de croire que la disposition qu'ils rapportent ne remonte pas aux décemvirs (2). 5° Tite-Live cite l'exemple d'un fils qui, après la mort de son père, fut *nexus* en raison d'une dette paternelle (3).

On a fait une objection : en droit classique, les actions pénales sont intransmissibles passivement, parfois même activement. N'est-ce pas la preuve qu'anciennement l'intransmissibilité des dettes était la règle générale? Si l'on eût admis que certaines dettes passaient aux héritiers, on aurait certainement attribué ce caractère aux dettes délictuelles plus qu'à toutes autres, en souvenir du temps où la famille tout entière de l'auteur du délit était exposée aux représailles de la victime (4).

L'objection ne nous semble pas décisive. L'intransmissibilité passive des dettes délictuelles est un vestige de la conception antique de l'obligation. Si, à la rigueur, on conçoit que, dans une phase plus avancée de l'état social, le châtiment doive être personnel, il n'en devait pas être de même de la rançon ou de la composition : la victime du délit n'acquérait pas *ipso facto* un droit sur le corps et sur la maison du coupable; ce droit prenait naissance à défaut d'exécution de la peine prononcée par le juge et en vertu de l'*addictio* du magistrat. Si l'auteur du délit meurt dans l'intervalle, le droit de la victime s'éteint; tout au plus peut-il dans certains cas s'exercer sur le cadavre (5); les héritiers ne peuvent être inquiétés. La différence qui sépare ici les dettes délictuelles de celles qui résultent d'un *nexum*, et sans doute aussi du *vadimonium* et de la *prædis datio*, tient à ce que ces actes, contenant une *damnatio*, conféraient au créancier un droit direct sur la maison de l'obligé.

(1) Voy. *supra*, p. 279 et 299.
(2) Gordian., C. J., III, 36, 6; Diocl., eod., IV, 16, 7; Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 9.
(3) Liv., VIII, 28 : (Papirio) cum se C. Publilius ob æs alienum paternum nexum dedisset. Voy. *supra*, p. 589. Cf. p. 83, 188, 376.
(4) Esmein, loc. cit., 54.
(5) Voy. *supra*, p. 370, n. 3.

III. — Grâce aux expédients que nous avons fait connaître, les prudents ont réussi, sans recourir au législateur, à faire d'un simple devoir de conscience un droit *sui generis*, conférant au titulaire des avantages équivalents à ceux que procuraient les droits garantis par l'État. Or comme ces devoirs résultaient d'actes sans formes, par suite bien mieux appropriés aux besoins du commerce, ils n'ont pas tardé à recevoir une application de plus en plus large : les actes juridiques de l'ancien droit avaient fait leur temps; l'avenir était aux actes fiduciaires.

Mais pour que l'assimilation fût complète, il fallait en venir à considérer le droit résultant d'un acte fiduciaire comme un élément du patrimoine au même titre que les droits appartenant au maître de maison sur les biens qui sont en sa propriété. Si l'on se rappelle qu'il restait toujours quelque chose de précaire dans le droit du créancier, malgré les précautions prises pour le consolider, on ne s'étonnera pas que les prudents aient admis très difficilement l'assimilation de ces deux sortes de droits.

Les Romains n'entendaient pas comme nous le patrimoine. Aujourd'hui, on considère le patrimoine comme exprimant l'idée d'une valeur pécuniaire; par suite, pour en déterminer la consistance, il faut déduire le passif de l'actif. Au point de vue moderne, le patrimoine renferme des éléments passifs à côté des éléments actifs; mais c'est là une conception abstraite qui s'est fait jour bien lentement. Le mot patrimoine désigne à Rome les biens corporels appartenant au chef de famille par opposition aux créances. Il conservait encore cette signification au second siècle de notre ère : Pomponius distingue les choses qui sont *in patrimonio* et celles qui sont *in nominibus* (1). La langue était faite et le sens du mot patrimoine arrêté au moment où les idées juridiques se modifièrent ; on préféra employer le mot *bona* pour caractériser l'ensemble des biens corporels et incorporels d'un maître de maison.

L'intransmissibilité des dettes offrait des inconvénients qui se firent particulièrement sentir en matière de société. L'Édit perpétuel contient une formule spéciale pour agir en justice contre l'héritier d'un associé (2) ; il y a là une anomalie qui s'explique sans doute par un souvenir du temps où les dettes sociales n'étaient pas à la charge des héritiers; on voulut, en créant une action spéciale, réagir contre un résultat que l'on jugeait inique.

Les textes fournissent quelques points de repère qui permettent de déterminer l'époque où l'on admit la transmissibi-

(1) Pomp., 15 ad Sab., D., XLVI, 6, 9.
(2) Ulp., 30 et 31 ad Ed., D., XVII, 2, 35 et 63, 8. Cf. Lenel, *E. P.*, 237.

lité des dettes et des créances résultant d'un acte fiduciaire (1).

1° Dans la première moitié du septième siècle, on discutait la question de savoir si les obligations nées du mandat sont à la charge de l'héritier du mandataire (2).

2° Tandis que l'obligation du *sponsor* et celle du *fidepromissor* sont intransmissibles, celle du fidéjusseur passe à ses héritiers. Cette nouvelle forme de cautionnement a donc été introduite dans l'usage à une époque où la transmissibilité des dettes était admise. Cette époque peut être fixée approximativement : elle comprend l'intervalle qui s'est écoulé entre la loi Cicereia et le loi Cornelia. Gaius dit en effet que la première de ces lois ne visait pas les fidéjusseurs, tandis que la loi Cornelia s'appliqua à toutes les cautions. La loi Cicereia paraît être de 581 (3), la loi Cornelia de 666. La transmissibilité des dettes résultant des actes fiduciaires fut donc admise au plus tard vers le milieu du septième siècle.

L'intransmissibilité des créances fut abandonnée beaucoup plus tôt. Elle conduisait dans certains cas à des résultats choquants qui en firent ressortir de bonne heure les inconvénients pratiques : dans les actes fiduciaires qui impliquent des prestations réciproques, comme la vente, il était inique de refuser à l'héritier du vendeur le droit de réclamer le payement d'une chose qui était sortie du patrimoine du *de cujus*. De même, l'héritier d'un associé ne pouvait être privé du droit de demander la part des bénéfices réalisés avec les apports de son auteur (4).

Un passage de Gaius permet d'entrevoir l'époque où l'on admit la transmissibilité des créances. Il nous apprend que les successions universelles introduites par la coutume, l'adrogation et la *manus*, opèrent la transmission des créances sans imposer la charge des dettes, à l'exception des dettes héréditaires (5). Comme il n'y a aucune raison de croire que la succession résul-

(1) Esmein, loc. cit., 57, pense que le principe de l'intransmissibilité des créances et des dettes trouva de bonne heure un correctif dans la règle : « Actiones quæ morte vel tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent. » (Gaius, Ad Ed. pr. urb., D., L, 17, 139 pr.) Il nous paraît douteux que cette règle soit très ancienne : lorsqu'on admit la transmissibilité des créances dans les successions universelles, on n'étendit pas cette innovation au droit résultant d'un *judicium legitimum;* il continua à s'éteindre par l'effet des successions entre vifs. Gaius, III, 83.

(2) En 631, le préteur S. Julius refusa d'organiser une instance contre l'héritier d'un mandataire ; un de ses successeurs, M. Drusus, y consentit. (Cic., Ad Her., II, 13.) Drusus fut consul en 642 (Cic., Brut., 28), et par conséquent préteur un peu avant 640. Pour Julius, voy. Cic., P. domo, 53.

(3) C. Cicereius fut préteur urbain en cette année. Liv., XLII, 7.

(4) *Emolumenti successor est,* dit Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 63, 8.

(5) Gaius, III, 83. Voy. *supra*, p. 525, n. 2.

tant de l'adrogation ou de la *manus* ait produit un effet différent de celle qui découle de l'hérédité, on peut conjecturer que les dettes qui subsistent malgré l'adrogation et la *manus* sont celles qui, de tout temps, avaient passé aux héritiers; celles qui s'éteignent sont celles qui, au moment où la règle fut posée, étaient considérées comme intransmissibles. Lorsque, plus tard, la transmissibilité des dettes devint le droit commun, on aurait dû modifier la règle ancienne; si l'on n'a pas jugé utile de le faire, c'est sans doute que l'adrogation et la *manus* étaient alors peu usitées : il y a eu ici non pas une singularité voulue, mais un arrêt de développement. La règle rapportée par Gaius date par conséquent d'une époque où les créances étaient considérées comme un élément du patrimoine, tandis que les dettes d'une certaine nature, les dettes fiduciaires, demeuraient étrangères aux ayants cause à titre universel. Entre le moment où l'on a admis la transmissibilité générale des créances et celui où le même principe a été appliqué aux dettes, il a dû s'écouler un temps assez long, puisque, dans l'intervalle, l'adrogation et la *manus* avaient perdu en partie leur utilité pratique.

Le droit pontifical a vraisemblablement contribué à faire admettre d'assez bonne heure la transmissibilité des créances. Le règlement qui imposait la charge du culte à celui qui recueillait la majeure partie des biens devait tôt ou tard conduire à tenir compte de l'émolument qui pouvait résulter pour l'héritier de l'exécution à son profit d'engagements pris envers son auteur.

Les raisons qui ont déterminé les prudents à consacrer la transmissibilité des créances résultant des actes fiduciaires s'appliquaient également aux créances résultant d'un délit. Si un citoyen a été victime d'un vol, si son esclave a été tué ou détérioré, pourquoi priver l'héritier du droit d'exercer l'action de vol ou l'action de la loi Aquilia? On décida en effet que les créances passeraient aux héritiers; on ne fit exception que pour l'action d'injures et les actions analogues qui supposent un tort causé à la personne et non au patrimoine. C'est au sixième siècle que la question de la transmissibilité des actions pénales fut agitée entre les prudents : certains auteurs, parmi lesquels était Sext. Ælius, se demandaient si l'on ne devrait pas donner l'action *furti* contre l'héritier du voleur. L'opinion contraire prévalut : les actions pénales restèrent intransmissibles passivement (1).

IV. — Le droit résultant d'un acte fiduciaire s'éteint comme il s'est formé, sans aucune solennité. L'accomplissement de la

(1) Gaius, IV, 112 : Certissima est juris regula. Cf. *supra*, p. 474, n. 4.

promesse, le payement, suffit pour dégager la foi du débiteur. Cependant, si l'acte a été confirmé par une stipulation, il faudra constater le payement par une formalité analogue et de sens inverse, l'acceptilation (1).

Nous pouvons apprécier, maintenant, les résultats obtenus par les prudents depuis le jour où les actes fiduciaires ont été utilisés en dehors des relations entre voisins ou entre amis. En faisant d'un simple devoir de conscience un élément du patrimoine, en assurant la sanction de la loi aux stipulations qui avaient pour objet un acte quelconque de la volonté du débiteur, un fait, une abstention, une simple tolérance, tout aussi bien qu'à celles qui avaient pour objet une somme d'argent, ils firent de l'obligation le principal instrument du commerce juridique. Son domaine fut infiniment plus large que celui des droits réels, presque autant que le domaine de la volonté est plus étendu que celui du monde matériel.

CHAPITRE XV

Du cautionnement des dettes confirmées par une stipulation.

A côté du *vadimonium* qui servait à garantir l'obligation résultant d'un *nexum*, les Romains ont connu un autre mode de cautionnement spécial aux dettes formées *verbis*. Pour garantir le créancier soit contre l'insolvabilité du débiteur, soit contre l'extinction de la dette à son décès, il était d'usage d'exiger l'intervention d'une ou plusieurs personnes qui s'obligeaient en même temps que le débiteur principal ; la caution engageait sa foi et confirmait sa promesse par une *sponsio*.

Le cautionnement n'était pas admis pour les dettes que le débiteur principal n'avait pas, au préalable, confirmées par une stipulation. On n'aurait pas compris que le créancier exigeât la garantie d'une caution lorsqu'il ne jugeait pas utile d'exiger du débiteur une promesse ferme sous forme de stipulation.

Mais il n'est pas nécessaire que la stipulation faite avec le débiteur principal soit efficace : si, par exemple, la promesse émane d'un pupille non autorisé de son tuteur, le cautionnement n'en est pas moins valable. En stipulant du débiteur, le créancier a manifesté sa volonté de ne pas s'en remettre purement et simplement à

(1) Le débiteur interroge le créancier en ces termes : *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum ?* Le créancier répond : *Habeo*. Gaius, III, 169. Cf. Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 2, 6, 2; Pomp., 24 ad Sab., eod., 7.

sa loyauté (1). Dans les cas de ce genre, la caution seule est juridiquement obligée : le débiteur n'est tenu que d'après les usages des honnêtes gens. Cette dette n'en a pas moins une valeur suffisante pour servir de base au cautionnement ; c'est ainsi que le droit classique se contente d'une obligation naturelle.

Indépendamment de la *sponsio*, les Romains ont connu un autre mode de cautionner les dettes confirmées par une stipulation : c'est la *fidepromissio*, qui s'introduisit au cours du sixième siècle (2).

Envisageons les rapports de la caution avec le créancier et avec le débiteur principal.

I. — La caution répond envers le créancier de la totalité de la dette ; mais elle n'en répond que sa vie durant. L'engagement contracté par elle ne passe pas à la charge de ses héritiers : c'est l'application de la règle générale quant aux obligations qui dérivent d'un acte fiduciaire.

D'autre part, la caution ne répond de la dette que pendant un certain délai : la loi Furia *de sponsu* décida que la caution serait libérée au bout de deux ans. On ignore quelles circonstances firent accorder cette faveur aux cautions ; il est probable que des raisons d'ordre politique et social déterminèrent le vote de cette loi : elle s'appliquait uniquement en Italie (3). Cette particularité fournit également une indication sur la date de la loi : elle doit être d'une époque où l'on distinguait déjà l'Italie des provinces ; elle est donc postérieure à l'année 513, date de la création de la première province (4).

Le créancier a le droit de s'adresser directement à la caution même si le débiteur est solvable : mais en faisant usage de ce droit, il encourrait le blâme de l'opinion publique. L'usage des honnêtes gens lui fait un devoir de s'en abstenir (5).

II. — Le débiteur est tenu de rembourser à la caution ce qu'elle a payé au créancier en son lieu et place ; mais ce devoir demeura dépourvu de sanction jusqu'à la loi Publilia. Cette loi créa au profit du *sponsor* l'action *depensi*, qui se donne au double contre le débiteur qui nie sa dette (6). De plus, si dans les six mois à dater

(1) Gaius, III, 119.
(2) Voy. *supra*, p. 682.
(3) Gaius, III, 122.
(4) La date précise de la loi Furia, de même que celle des autres lois que nous allons citer, est incertaine.
(5) Cic., Ad Att., XVI, 15 : Sponsores appellare, videtur habere quamdam δυσωπίαν. Le droit classique donna une sanction à ce devoir : le créancier qui attaque la caution alors que le débiteur est prêt à payer est passible de l'action d'injures. Gaius, 22 ad Ed. prov., D., XLVII, 10, 22.
(6) Gaius, III, 127 ; IV, 9, 171. Voigt, *J. N.*, IV, 423, conjecture que la loi Publilia fut proposée par Q. Publilius Philo en 427.

du payement, le débiteur n'a pas remboursé la caution, celle-ci est autorisée à l'appréhender au corps comme un *judicatus* (1).

Dans le cas où le créancier a exigé plusieurs cautions, elles sont solidairement tenues vis-à-vis de lui de toute la dette, bien que, dans leurs rapports entre elles, chacune n'en doive supporter que sa part. Si l'une des cautions paye toute la dette, la loi a trouvé juste de lui accorder un recours contre les autres pour se faire tenir compte de ce qu'elle a payé au delà de sa part. On les considère comme étant en quelque sorte associées, et c'est à ce titre qu'elles pourront exercer leur recours : telle fut la disposition de la loi Apuleia (2). Comme la loi Furia, elle ne peut être invoquée que par les citoyens romains (3).

Cette loi avait été inspirée par un sentiment très louable, celui de faciliter aux citoyens dont le crédit était douteux, le moyen d'emprunter, pourvu qu'ils trouvassent plusieurs personnes disposées à les cautionner : les cautions, sachant que le fardeau de la dette serait réparti entre plusieurs, dans le cas où le débiteur ne pourrait faire face à l'échéance, devaient plus facilement promettre leur garantie.

Mais le système de recours imaginé par la loi Apuleia offrait des inconvénients : la caution qui avait payé plus que sa part pouvait éprouver des difficultés à recouvrer ses avances. On jugea préférable d'éviter ces actions récursoires en divisant de plein droit la dette entre les cautions encore vivantes au moment de l'échéance ; d'après la loi Furia, le créancier ne peut demander à chacune d'elles qu'une part virile (4). Si donc l'une des cautions est devenue insolvable dans l'intervalle, la perte est pour le créancier ; les cautions ne répondent plus l'une pour l'autre. Mais la loi Furia, ainsi que nous l'avons dit, n'était applicable qu'en Italie ; par suite, la loi Apuleia continua à être invoquée dans les provinces (5). La sanction de cette disposition de la loi Furia est rigoureuse ; le créancier qui a exigé de la caution plus que sa part

(1) Gaius, IV, 22 : *Manus injectio pro judicato.*
(2) Gaius, III, 122. Voy. *supra*, p. 150, n. 3.
(3) Voigt, loc. cit., conjecture que la loi Apuleia est postérieure à 523, parce qu'elle vise les *fidepromissores*, et que la *fidepromissio* a été sanctionnée par l'action *ex stipulatu* après qu'elle eut été introduite pour la *cautio rei uxoriæ*. D'autre part, elle est antérieure à la loi Furia, que Voigt place en 536, alors que L. Furius Philus était préteur urbain (Liv., XXII, 35; XXIII, 21). Appleton, *Nouv. Rev. histor.*, 1876, p. 555, croit que la loi Apuleia est de 652 ou 654; la loi Furia serait de 655. Il est difficile d'admettre que la loi Furia, qui accorde la *manus injectio pro judicato*, soit d'une époque aussi basse : la *manus injectio pura* aurait été généralisée par la loi Vallia, presque à la veille des lois judiciaires d'Auguste.
(4) Gaius, III, 120, 121.
(5) Gaius, III, 122.

virile s'expose à être appréhendé au corps et emmené comme un *judicatus* (1).

On chercha à éluder la loi Furia en évitant d'informer les cautions du montant de la dette, ou du nombre des garants ; il fallut une nouvelle loi pour déjouer cette fraude. La loi Cicereia enjoignit aux créanciers de faire connaître d'avance aux cautions et de déclarer à haute voix le chiffre ou la nature de la dette à garantir et le nombre des cautions qu'ils comptaient exiger. A défaut de cette déclaration, les cautions sont autorisées à exercer, dans les trente jours, une action préjudicielle pour faire établir la contravention. La preuve faite, les cautions sont libérées (2).

CHAPITRE XVI

Rapports juridiques des Romains avec les étrangers.

I

LES MUNICIPES.

Après la prise de Rome par les Gaulois, un petit nombre de citoyens avaient échappé à la mort en se réfugiant à Véies et dans les localités environnantes. Lorsqu'ils purent rentrer à Rome, ils songèrent à combler les vides que la guerre avait faits parmi eux, en donnant le droit de cité aux déditices. C'est à cette époque que l'on créa quatre nouvelles tribus comprenant les territoires de Capène, de Véies et de plusieurs peuples du sud de l'Étrurie (3).

Grâce à cette mesure, la cité fut bien vite reconstituée, et Rome chercha de nouveau à étendre sa domination sur l'Italie. Mais il ne lui était plus possible d'appliquer aux vaincus le régime qui lui avait réussi dans l'origine : elle ne pouvait espérer maintenir sous son autorité des peuples souvent fort éloignés de Rome, sans leur assurer une situation meilleure qu'aux anciens déditices et qui ne leur fît pas trop regretter leur indépendance. Rome concéda aux uns la cité romaine (*civitas cum suffragio*), aux autres la cité sans le droit de vote (*civitas sine suffragio*); souvent même elle leur permit de conserver leur organisation municipale (4). Mais, dans

(1) Gaius, IV, 22.
(2) Gaius, III, 123. Voy. sur la date de cette loi, *supra*, p. 700. n. 3.
(3) Cf. Mommsen, III, 171 (192), n. 2 à 5.
(4) Festus, v° *Municeps :* Ut semper rempublicam separatim a populo Romano haberent. Cf. Mommsen, III, 584 (198[2]).

tous les cas, ils furent soumis à la juridiction du préteur ou de ses délégués.

Les peuples ainsi gratifiés de la cité romaine devinrent des *municipes,* parce qu'ils supportaient leur part des charges de l'État (1).

La cité *sine suffragio* fut accordée d'abord à Cære peu de temps après l'incendie de Rome par les Gaulois, puis à Tusculum et à divers peuples du Latium, de la Campanie, des Volsques, des Herniques et des Èques, enfin en 464 aux cités de la Sabine. Ce fut pour eux un état transitoire ; en moins d'un siècle, de 486 à 566, ils obtinrent successivement la cité *cum suffragio.*

Quelle fut, dans l'intervalle, la condition juridique de ces municipes ? Quelques-uns d'entre eux, tels que les Campaniens, en 565, avaient obtenu le *conubium* avec les Romains (2) ; quant au *commercium,* les textes manquent (3).

Que les municipes soient ou non administrés par des magistrats locaux, ils sont toujours placés sous la juridiction du préteur urbain. Pour quelques-uns d'entre eux, l'éloignement de Rome aurait été une entrave à la bonne administration de la justice : on y remédiait en y envoyant un délégué du préteur, un préfet (*præfectus juri dicundo*) ; d'où le nom donné à ces municipes : on les appelait des préfectures. Le préfet, choisi par le préteur et renouvelé comme lui tous les ans, n'avait sans doute qu'une compétence limitée aux affaires de moindre importance : le préteur devait se réserver la connaissance des causes les plus graves (4).

Les municipes, n'ayant pas d'autonomie, sont régis par les statuts concédés par les magistrats du peuple romain (*leges datæ*). Ces statuts étaient inspirés, sans doute, en partie par les coutumes locales, en partie par le droit romain (5).

(1) Ils étaient inscrits parmi les *ærarii* sur un registre spécial (*tabulæ Cæritum*). Festus, v° *Municipium.* Cf. Bréal, *Dict. étym.*, 206; Mommsen, III, 231 (261); Marquardt, IV, 28 (37).

(2) Liv., XXXVIII, 36; XXIII, 4.

(3) Mommsen, III, 577 (191[2]), doute qu'ils aient eu le *commercium,* parce qu'ils ne parlaient pas la même langue que les Romains. Comment les habitants de l'Etrurie, par exemple, auraient-ils pu prendre part à une mancipation dont ils n'auraient pas compris la *nuncupatio?* Voy. Liv., IX, 36; X, 4; XL, 42. En 574, les habitants de Cumes obtinrent la permission *ut publice latine loquerentur et præconibus latine vendendi jus esset.*

(4) Voy. *supra,* p. 450. Par exception, à Capoue la juridiction paraît avoir été partagée entre le magistrat romain et un magistrat local appelé Meddix tuticus. Liv., XXIII, 35, 3; XXIV, 19. A partir de 436, les quatre préfets qu'on envoyait dans les cités de Campanie furent élus, sur la présentation du préteur, par les comices tributes : c'étaient les IV *viri præfecti j. d. Capuam Cumas.* Festus, v° *Præfecturæ.*

(5) Liv., IX, 20.

II

LES LATINS.

Sous le nom de Latins, on comprend d'abord les habitants du Latium (*Latini veteres*), puis ceux des colonies latines (*Latini coloniarii*). Par extension, on a donné le nom de Latins à des pérégrins habitant dans le voisinage de Rome et dont la condition juridique a été modelée sur celle des Latins (*Latium adjectum*) (1). Enfin, on a traité comme des Latins certains peuples italiques à qui l'on a voulu faire une situation privilégiée (2).

Parmi les peuples étrangers, les Latins furent toujours les plus favorisés. La communauté de langue et de coutumes facilitait les relations qui s'établissaient entre eux et les Romains. Outre le droit de prendre part à une mancipation ou à un *nexum*, droit qui était la conséquence du *commercium*, les Latins jouissaient de certains privilèges qui les distinguaient des pérégrins :

1° Ils avaient la capacité de tester au profit d'un Romain et celle d'être institués héritiers. Ils pouvaient également laisser un legs à un Romain ou en recevoir de lui (3). Mais ils ne peuvent hériter *ab* intestat d'un citoyen romain, parce que les liens d'agnation et de gentilité ne sauraient exister entre personnes appartenant à des cités différentes.

2° Un Latin pouvait adopter un Romain, et réciproquement (4).

3° Les Latins avaient le *commercium agrorum*. A ce titre ils pouvaient devenir propriétaires fonciers sur le territoire de Rome (5).

4° Les Latins acquièrent de plein droit la cité romaine, sous certaines conditions. Pour les *Latini veteres*, on n'exigeait rien de plus, dans le principe, que la résidence à Rome. Lorsque, vers le

(1) *C. I. L.*, X, p. 498.

(2) Cf. Mommsen, III, 622 (244^2).

(3) Il a fallu une disposition spéciale de la loi Junia Norbana pour retirer cette capacité aux Latins Juniens, dont la condition était modelée sur celle des Latins. Les pérégrins, même gratifiés du *commercium*, ne pouvaient ni hériter d'un Romain, ni tester en sa faveur. Cf. Mommsen, III, 632 (253^2).

(4) Liv., XLI, 8.

(5) Arg. Liv., VIII, 18. En 424, un citoyen de Fundum était propriétaire d'une maison à Rome. On a prétendu, sans preuve à l'appui, que le *commercium agrorum* était une conséquence de la concession du *commercium*. On a perdu de vue que les fonds de terre romains doivent être déclarés au cens, et qu'un pérégrin n'a aucun titre pour se présenter devant le censeur. Il en était autrement des Latins qui payaient le tribut, peut-être aussi des *cives sine suffragio*. L'incapacité pour les pérégrins d'acquérir la propriété foncière était une règle commune aux peuples gréco-italiques. Elle existait encore à Segesta, en Sicile, au temps de Cicéron (in Verr., III, 40) : « Com-

milieu du sixième siècle, on s'aperçut que cette facilité avait pour résultat le dépeuplement des cités latines, on exigea une condition nouvelle : le Latin devait laisser dans sa patrie au moins un enfant (*stirpem ex se*) (1).

5° Les contestations entre citoyens romains et latins, ou même entre Latins pour les actes conclus à Rome, sont, selon toute vraisemblance, de la compétence du préteur urbain. Les Romains distinguent soigneusement les Latins des pérégrins ; il n'y a aucune raison de croire qu'ils les aient ici confondus pour les rendre justiciables du préteur pérégrin (2).

Quant au *conubium* avec les Romains, il ne paraît pas qu'on l'ait accordé d'une manière générale aux Latins : il y eut plutôt des concessions individuelles ou des traités spéciaux avec telle ou telle cité.

Toutes ces règles s'appliquent aux anciens Latins, aux habitants du Latium. Elles s'appliquent également aux Latins coloniaires, du moins à ceux des vingt-sept colonies fondées avant 486. Les douze colonies fondées depuis cette date, et en tête desquelles est Ariminum, sont dans une situation un peu moins favorisée, mais plutôt au point de vue de leurs droits politiques que de leurs droits civils. Les habitants de ces colonies n'acquièrent pas le droit de cité romaine en résidant à Rome : cette faveur semble avoir été réservée, dans le principe, aux anciens magistrats (3).

III

LES PÉRÉGRINS.

On désigne sous ce nom les citoyens des États unis à Rome par un traité. On les appelait anciennement *hostes*, c'est-à-dire hôtes. Parmi les pérégrins on distingue ceux d'Italie et ceux qui appartiennent aux cités extra-italiques. Les uns et les autres, ceux-là même qui ont fait leur soumission aux Romains conservent, en principe, leur autonomie et la propriété de leurs terres. C'est à une époque ultérieure, au cours du septième siècle, que l'on con-

mercium in eo agro nemini (peregrino) est. » En Grèce, elle était, dans certaines cités, tempérée par la concession de l'ἔγκτησις γῆς καὶ οἰκίας (*commercium agrorum ædificiorumque*, Liv., XLV, 29). Cf. Mommsen, III, 232, 631 (262, 252²). Si à Rome l'État a parfois accordé le *commercium agrorum* à des pérégrins qui n'avaient même pas le *commercium*, c'est pour des raisons d'intérêt public. Serv., Ad Æn., IX, 53. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 116.

(1) Liv., XLII, 10; XLI, 8.

(2) Mommsen, III, 603 (222²).

(3) Mommsen, III, 624 (246²).

sidéra le territoire des peuples vaincus comme appartenant à l'État (1).

Si les alliés d'Italie ont conservé leurs lois comme ceux du dehors, ils ont subi cependant plus directement l'influence des Romains, parfois contre leur gré. En règle générale, les lois romaines ne sont pas applicables aux alliés, pas plus qu'aux Latins, à moins qu'ils n'y consentent (2). Mais, en diverses circonstances, le sénat leur a dicté des lois par mesure de police; c'est ainsi qu'en 561 il déclara obligatoires, pour les Italiens, les règles du droit romain sur le prêt d'argent; en 568, il étendit à toute l'Italie les dispositions prises à l'occasion du complot des Bacchanales (3).

Les alliés de Rome jouissent en général du *commercium* (4), mais ce mot a une portée plus large qu'aux premiers siècles. La notion antique du *commercium* a été étendue à l'*expensilatio* et à la stipulation (5). Dès lors la définition aurait dû être modifiée : ce n'est plus seulement la faculté pour les membres d'une cité de conclure avec ceux d'une autre cité des actes tendant à l'aliénation ou à l'acquisition d'une chose; c'est, d'une manière plus générale, la faculté d'accomplir ou de prendre part à un acte juridique du droit civil, pourvu qu'il n'exige pas la présence d'une autre condition telle que le *conubium* ou la *factio testamenti*.

Ce n'est plus d'ailleurs sur le terrain du droit civil que vont se former, dans l'avenir, les rapports juridiques entre Romains et pérégrins. L'usage des actes fiduciaires et la faculté de leur donner une sanction juridique en les confirmant par une *expensilatio* ou par une stipulation fournirent au commerce international des facilités jusqu'alors inconnues.

En même temps, l'introduction du système formulaire et la création du préteur pérégrin avaient pour résultat de simplifier la procédure, de la rendre moins périlleuse et d'assurer aux plaideurs une prompte justice.

Dans quelle mesure les pérégrins, gratifiés du *commercium*, peuvent-ils user de la stipulation et de l'*expensilatio?* Nous savons

(1) MOMMSEN, III, 730 (366²).

(2) GELL., XVI, 13 : Neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum *fundus* factus esset. Cf. CIC., P. Balb., 8, pour les lois Furia et Voconia.

(3) Voy. *supra*, p. 680. Cf. VOIGT, *J. N.*, IV, 180; MOMMSEN, III, 696 (328²), 1237 (466³). C'est sans doute depuis cette époque que l'on prit l'habitude de spécifier que la loi était faite pour les citoyens romains lorsqu'on ne voulait pas l'appliquer aux pérégrins. Voy. le texte de la loi Falcidie. PAUL, Ad leg. Falc., D., XXXV, 2, 1 pr.

(4) Voy. les traités avec Carthage en 448, 467, 513 et 519 (LIV., IX, 44; POL., III, 25, 27; ZON., VIII, 18); avec Ptolémée Philadelphe en 481. ZON., VIII, 6.

(5) Pour l'*expensilatio*, cela résulte de LIV., XXXV, 7; et pour la stipulation, de la création de la *fidepromissio*.

qu'ils ne peuvent pas se servir valablement de la *sponsio* dans leurs rapports avec les Romains, mais qu'ils peuvent employer la *fidepromissio*. A première vue, il semble fort singulier qu'on leur permette d'invoquer une stipulation faite en la forme d'une *fidepromissio*, et qu'on leur dénie ce droit lorsqu'ils ont stipulé en la forme de la *sponsio*. Pourtant cette distinction n'est peut-être pas aussi arbitraire qu'on est ordinairement porté à le croire. Gaius signale l'existence de deux lois *de sponsu*, la loi Publilia et la loi Furia, qui contenaient des dispositions de faveur pour les *sponsores* : elles ne s'appliquaient pas à ceux qui avaient garanti la dette d'autrui par une *fidepromissio* (1). En déclarant que les pérégrins ne pourraient employer utilement la forme de la *sponsio*, on a voulu peut-être les empêcher d'invoquer les privilèges accordés aux *sponsores*.

Quant à la *transcriptio a persona in personam*, dont l'emploi par des pérégrins avait donné lieu au sénatus-consulte de l'an 561 et à la loi Sempronia, elle ne put, comme la *sponsio*, fonder aucune obligation civile au profit ou à la charge d'un pérégrin (2). Le but de la règle ressort de l'exception faite par Sabinus pour la *transcriptio a re in personam* : dès l'instant que la *transcriptio* servait à nover une dette ayant sa source dans un contrat consensuel, elle n'offrait plus le danger qui l'avait fait proscrire ; par la *transcriptio a persona in personam*, au contraire, comme par la *sponsio*, on aurait pu devenir, sans cause légitime, créancier d'une somme d'argent. Dans la *transcriptio a re in personam*, la créance se rattache à une cause naturelle, à un acte de vente dont il est facile de vérifier l'existence ; la *transcriptio a persona in personam*, comme la *sponsio*, aurait pu servir à se faire promettre des intérêts usuraires.

Rien de pareil n'était à craindre pour le *mutuum* : gratuit par essence, il ne pouvait donner lieu à aucune difficulté. Il y aurait eu injustice à refuser aux pérégrins le droit de réclamer devant les tribunaux romains le remboursement d'un prêt (3).

Quant aux pérégrins qui ne jouissent pas du *commercium*, les relations d'affaires ne peuvent pas, dans notre période, se former d'après le droit romain. La conclusion d'un acte fiduciaire ne donnerait qu'une ressource insuffisante, celle de l'arbitrage : l'*expensilatio* ni la stipulation ne sont pas encore entrées dans le

(1) Gaius, III, 127 ; IV, 22. D'après Gaius, III, 121, la loi Furia s'appliquerait au *fidepromissor* aussi bien qu'au *sponsor*. Est-ce bien le droit primitif? On peut en douter, car dans IV, 22, il appelle cette loi Furia *de sponsu*. Il est possible que cette loi ait été simplement étendue aux *fidepromissores*.

(2) Gaius, III, 133. L'*apographum* porte *obligent*, et non *obligentur*.

(3) Gaius, III, 132.

domaine du *jus gentium*. Il en était ainsi même au temps de Cicéron (1).

Si la stipulation est restée longtemps étrangère aux relations des Romains avec les peuples extra-italiques, c'est que la forme verbale répugnait aux usages des Grecs. Aussi, quand les Romains admirent tous les pérégrins à se servir de la stipulation, prit-on l'habitude d'en constater l'accomplissement par écrit (*cautiones*).

CHAPITRE XVII

Les débuts de la procédure formulaire.

Le sixième siècle est une époque de transformation pour l'organisation judiciaire et la procédure, de même que pour le droit. La création du préteur pérégrin et, vraisemblablement aussi, l'institution du collège des centumvirs et la loi Æbutia, datent de cette époque.

Nous savons déjà que la multiplicité des attributions du préteur motiva la création d'un second magistrat spécialement chargé des procès entre citoyens et pérégrins, et que la sécularisation du *sacramentum* paraît avoir déterminé l'établissement du collège des centumvirs (2).

Avant la création du préteur pérégrin, lorsque le préteur était obligé de quitter la ville pour remplacer, par exemple, à la tête de l'armée, l'un des consuls décédés, l'exercice de la juridiction était suspendu. On disait alors qu'il y avait *justitium* (3).

(1) Pour emprunter de l'argent à un pérégrin, le citoyen romain était obligé de traiter suivant le droit pérégrin : le prêteur, n'ayant pas le *commercium*, n'aurait pu, d'après le droit romain, stipuler des intérêts. Cic., Ad Att., VI, 1. Cf. Gneist, *Die formellen Verträge*, 505. Voigt, *J. N.*, II, 652, pense que l'*expensilatio* était accessible aux pérégrins au temps de Cicéron. Il y a eu en effet, en 687, un projet tendant à l'interdire aux députés des nations étrangères. Ascon., In Cornel., 57. Mais il n'est pas démontré que la faculté de recourir à l'*expensilatio* ne fût pas un des privilèges accordés aux députés pérégrins. Cf. Mommsen, III, 1154 (373[3]). Quant à Cic., P. Font., 5 : « Nummus in Gallia nullus sine civium Romanorum tabulis commovetur », le mot *tabulæ* fait peut-être allusion aux *syngraphæ*, dont l'usage était alors très répandu.

(2) Voy. *supra*, p. 450 et 405.

(3) Il y en a quelques exemples en 404, 405, 497. Liv., VII, 23, 25. Cf. Mommsen, II, 186; III, 1064 (266[3]). Il y avait également *justitium*, soit en temps de dictature (Liv., III, 27; IV, 26), soit lorsque, pour des raisons particulières, le préteur ne remplissait pas, pendant un certain temps, ses fonctions, par exemple en temps de guerre, si l'ennemi était aux portes de la ville (Liv., III, 3; X, 21), pendant l'enquête sur les Bacchanales (Liv., XXXIX, 18).

En même temps le préteur chercha à pourvoir aux besoins nouveaux de la juridiction en assurant l'organisation d'une instance dans les cas où les actions de la loi n'étaient pas applicables. Il délivrait aux plaideurs une formule écrite destinée à indiquer au juge, institué pour connaître de l'affaire, les points qu'il était chargé de vérifier, et à lui conférer le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Ces formules étaient délivrées soit pour les procès entre citoyens et pérégrins, soit même pour les procès entre citoyens (1).

C'était là une procédure nouvelle (2) qui n'eut d'abord qu'une portée limitée. Mais elle offrait des avantages qui ne tardèrent pas à être goûtés par les Romains et qui la firent substituer progressivement à la procédure des actions de la loi. Dans la procédure formulaire, plus de paroles sacramentelles, plus de solennités à accomplir devant le préteur à peine de nullité : il suffit aux plaideurs de s'entendre sur la rédaction de la formule, et lorsque la teneur en aura été arrêtée par le magistrat, on n'aura pas à craindre plus tard une fin de non-recevoir fondée sur quelque irrégularité de la procédure *in jure*.

D'autre part, la procédure par formules n'implique pas chez les plaideurs la capacité juridique : elle est accessible à tout homme libre, particulièrement aux pérégrins qui ne jouissent pas du *commercium* (3).

C'est à la loi Æbutia qu'on attribue la substitution du système formulaire aux actions de la loi. La loi Æbutia a exercé sur la procédure civile une influence dont on a, croyons-nous, exagéré l'importance : pour la déterminer autant que le permettent le petit nombre de documents que l'on possède, il faut combiner les

(1) Voy. *supra*, p. 484 et 486.

(2) On a prétendu que la procédure formulaire s'est détachée insensiblement de la procédure des actions de la loi, dont elle n'était pas, dans le principe, essentiellement distincte. Bekker, I, 90; Sohm, *Instit.*, 49. Voy. en sens contraire, Eisele, *Abh.*, 89, 101.

(3) Nous n'avons pas à exposer ici le mécanisme de la procédure formulaire, ni les changements survenus dans la nature et les effets de la *litis contestatio*, et dans les voies d'exécution des jugements. (Voy. sur l'introduction de l'action *judicati*, Accarias, II, 688; Lenel, *E. P.*, 355; Wlassak, *Röm. Proz.*, 99.) Tout cela appartient à la période suivante. Il en est de même de la question de savoir quel est le caractère de la procédure *per sponsionem*, usitée en matière réelle, et qui avait lieu tantôt par formule, tantôt par serment (Gaius, IV, 93, 95). Mais on s'est demandé si cette procédure n'avait pas reçu de bonne heure une application assez large, au temps des actions de la loi. On a dit que c'était le moyen de déduire en justice toute espèce de prétentions, celles-là même qui n'avaient aucun caractère juridique. Ce serait aussi sous cette forme qu'on aurait fait valoir les moyens de défense qu'on a plus tard qualifiés exceptions. C'est là une question très obscure pour laquelle les documents font défaut ; la difficulté est surtout de savoir comment on a fait de la *sponsio* une forme de procédure obligatoire. Nous n'avons de renseignements positifs que pour l'application de la *sponsio* aux interdits. Voy. *supra*, p. 416, n 3

données fournies par les textes avec ce que l'on sait de l'état de la procédure aux derniers siècles de la République.

Deux textes seulement parlent de la loi Æbutia, et encore d'une manière incidente : l'un est de Gaius, l'autre d'Aulu-Gelle (1). D'après Gaius, les actions de la loi furent supprimées par la loi Æbutia et par les deux lois *Juliæ*. Le résultat de ces lois, dit-il, c'est que nous agissons aujourd'hui en justice au moyen de formules. Aulu-Gelle, recherchant la signification du mot *prolétaire* emprunté par Ennius aux Douze Tables, s'adresse à un de ses amis versé dans le droit civil. Cet ami lui répond qu'il n'a pas étudié le droit des Faunes et des aborigènes, que le mot *prolétaire,* ainsi que bien d'autres mots qu'on lit dans les Douze Tables, ne sont plus en usage depuis la loi Æbutia, si ce n'est dans les actions de la loi des causes centumvirales.

De ces deux textes on a conclu que la loi Æbutia abolit les actions de la loi et introduisit la procédure formulaire. Ce serait cette loi qui aurait permis au préteur urbain de délivrer des formules d'action pour les procès entre citoyens.

Cette double conclusion ne nous paraît pas exacte dans sa généralité. D'abord le texte de Gaius vient singulièrement restreindre la portée de celui d'Aulu-Gelle ; ce dernier attribue à la loi Æbutia un changement qui, d'après Gaius, fut aussi l'œuvre de deux autres lois. Si la loi Æbutia avait aboli toutes les actions de la loi, les deux lois *Juliæ* n'auraient pas eu à s'en occuper. La suppression n'a pu être que partielle ; elle a été provoquée par des motifs particuliers, car s'il y avait eu des raisons suffisantes pour abolir le système des actions de la loi, on ne l'aurait pas conservé, dans quelques-unes de ses applications, devant le tribunal des centumvirs et pour l'action *damni infecti*.

Nous ne pensons pas non plus qu'il soit vrai de dire d'une manière générale que la loi Æbutia permît au préteur urbain de délivrer des formules pour les procès entre citoyens. Gaius se borne à faire remarquer que, de son temps, les citoyens romains agissent en justice au moyen de formules, et que c'est là une conséquence des dispositions de la loi Æbutia et des lois *Juliæ*. Mais il ne dit pas que ce fût l'objet direct de la loi Æbutia, et il est difficile de croire que telle ait été sa pensée, car si la formule n'est autre chose qu'un ordre donné au juge par le préteur en vertu de son *imperium,* il n'était pas besoin de faire une loi pour conférer au préteur un pouvoir dont il était déjà investi.

Quel a donc été l'objet de la loi Æbutia? Gaius affirme que le

(1) Gaius, IV, 30 ; Gell., XVI, 10.

législateur a été inspiré par un sentiment de réaction contre la subtilité excessive des *juris conditores*. Ce sentiment n'a pas dû se manifester tout d'un coup contre l'ensemble de la procédure. On a vu les inconvénients de telle ou telle action de la loi avant de se rendre compte de l'infériorité de ce système de procédure. C'est à la longue que la pratique journalière des formules dans un nombre toujours croissant d'affaires a fini par convaincre les Romains de l'insuffisance des actions de la loi pour la bonne administration de la justice. Le problème à résoudre consiste donc à rechercher quelle est celle des actions de la loi qui, la première, a cessé de répondre aux besoins de la pratique : tout porte à croire que c'est l'action *per condictionem* (1).

La conjecture qui nous semble la plus plausible, c'est que la loi Æbutia a eu pour objet principal, sinon exclusif, de permettre au préteur de délivrer une formule dans les cas prévus par la loi Silia et probablement aussi par la loi Calpurnia. La loi Æbutia a supprimé la nécessité de recourir à l'action de la loi pour les créances tendant à donner une somme d'argent ou toute autre chose certaine. L'intervention du législateur est ici facile à justifier : si le préteur délivrait volontiers des formules pour sanctionner, même entre citoyens, des rapports dépourvus de la protection de la loi, il devait plutôt s'abstenir dans les cas où le droit commun offrait une ressource. Cette abstention s'imposait surtout dans les cas prévus par les lois Silia et Calpurnia. L'usage de la procédure formulaire impliquait en effet la citation directe du débiteur par-devant le magistrat ; or les lois précitées ne permettaient de l'assigner qu'au bout de trente jours. Il ne pouvait dépendre du préteur d'enlever au débiteur un bénéfice qui lui était reconnu par la loi. Il n'y a donc pas de contradiction à dire, d'une part : La formule est un ordre donné par le préteur en vertu de son *imperium;* d'autre part : Il y a certaines formules qui ne peuvent être délivrées par le préteur, si ce n'est par la permission de la loi (2).

Voyons maintenant ce qui donne à penser que la loi Æbutia a

(1) Voy. Eisele, *Abhandlungen,* 78.

(2) On a d'ailleurs la preuve que les Romains admettaient ces deux sortes de formules : il suffit de rappeler la distinction du *judicium imperio continens* et du *judicium legitimum.* Si les formules émanaient exclusivement de l'*imperium* du préteur, les *judicia* seraient tous *imperio continentia;* mais puisqu'il y en a de *legitima,* c'est qu'il existe des formules délivrées par le préteur en vertu de la loi. Il est vrai qu'après les lois *Juliæ,* l'expression *judicium legitimum* a reçu une acception bien plus large, et a été appliquée même à des actions prétoriennes (Gaius, IV, 109) ; mais on peut s'assurer que du temps de Cicéron il n'en était pas ainsi : les actions de bonne foi elles-mêmes n'étaient que des *arbitria honoraria* que l'on opposait aux *judicia legitima.*

trait à l'action *per condictionem* plutôt qu'aux autres actions de la loi. Il est à noter tout d'abord qu'on n'a pas d'exemple d'action de la loi *per condictionem* aux derniers siècles de la République, tandis qu'on trouve mentionnées toutes les autres actions. Sans parler de la procédure par serment, qui subsiste encore au temps de Gaius, Cicéron atteste l'usage de la *judicis postulatio* (1). Tout au contraire, en matière d'argent prêté, on avait recours à la procédure formulaire, et précisément dans les trois cas où s'appliquait l'action de la loi *per condictionem :* le prêt, la stipulation, l'*expensilatio* (2).

Pourquoi a-t-on jugé utile d'autoriser la procédure formulaire dans les cas où l'on avait eu recours jusqu'alors à l'action de la loi *per condictionem?* A-t-on voulu atténuer la rigueur de la procédure antique? C'est peu probable : l'action *certæ pecuniæ* est le type des actions de droit strict; on y est sans pitié pour le demandeur; s'il réclame plus qu'il ne lui est dû, il perd son procès. On n'est pas moins sévère pour le défendeur : s'il conteste mal à propos la dette, il paye un tiers en sus. Le juge lui-même fait le procès sien s'il condamne à une somme supérieure à celle qui a été inscrite par le préteur dans la formule.

Si l'on a supprimé l'action de la loi *per condictionem,* c'est que le mode de procéder consacré par les lois Silia et Calpurnia était peu compatible avec les besoins du commerce : le délai de trente jours était un obstacle à la prompte solution du litige. Ce délai se concevait à une époque où l'on n'était pas familiarisé avec l'idée de s'adresser à la justice publique pour trancher les différends; mais l'adoucissement des mœurs publiques, les changements survenus dans l'organisation sociale qui avaient eu pour effet d'isoler les citoyens, de les détacher de leurs familles ou de leur *gens,* firent comprendre l'avantage qu'il y avait à pouvoir compter sur la protection de l'État. Pour modifier la législation relative aux dettes d'argent, une loi était nécessaire. On sait que bien des fois les comices eurent à s'occuper des rapports entre prêteurs et emprunteurs. La loi Æbutia est une des nombreuses lois rendues en cette matière.

En autorisant le préteur à délivrer ici une formule, le peuple émit un vote dont les conséquences dépassèrent de beaucoup le but qu'on s'était proposé : ce fut le point de départ d'une réforme

(1) Cic., P. Mur., 27. Il en cite des applications pour l'action *familiæ erciscundæ* (*supra,* p. 289, n. 3). Il cite également l'action *furti* en des termes qui prouvent qu'on la faisait valoir par une action de la loi. *Supra,* p. 342, n. 7.

(2) Voy. *supra,* p. 667. Cf. Bekker, Z. f. R. G., V, 345; Wlassak, *Röm. Proz.,* 89; Jörs, 187.

complète de la procédure. Les Romains ne paraissent en avoir eu conscience que lorsque les lois *Juliæ* eurent complété la loi Æbutia en supprimant d'autres actions de la loi. Cicéron ne mentionne nulle part la loi Æbutia, et pourtant l'occasion ne lui a pas manqué de citer une loi qui a réformé la procédure des actions de la loi qu'il a plus d'une fois critiquée (1). Mais pour que cette remarque ait toute sa valeur, il faut démontrer que la loi Æbutia est antérieure à Cicéron.

Les avis sont très partagés sur la date de cette loi. Certains auteurs la font remonter au cinquième siècle; d'autres la croient postérieure à Cicéron, elle aurait précédé de peu les lois *Juliæ*. Ces deux opinions extrêmes ne comptent guère de partisans. En général on place la loi Æbutia au sixième siècle. On peut préciser davantage : si la conjecture qui vient d'être émise est exacte, la loi Æbutia n'est pas antérieure au milieu du sixième siècle. Après la deuxième guerre punique, le commerce de terre et de mer prit à Rome un développement inconnu jusqu'alors : c'est à ce moment qu'il devint indispensable d'accélérer la marche de la procédure pour les dettes qui avaient pour objet de l'argent ou des denrées. La loi Æbutia fut peut-être rendue à la suite des faits qui motivèrent le sénatus-consulte de 561 et la loi Sempronia. Il se faisait alors un grand commerce d'argent entre citoyens et pérégrins : ceux-ci n'étant pas soumis aux lois restrictives du taux de l'intérêt, les usuriers de Rome cédaient leurs créances à des pérégrins et obtenaient ainsi des intérêts supérieurs au taux légal. Pour obvier à cet abus, la loi Sempronia permit aux citoyens d'invoquer les lois prohibitives de l'usure contre les pérégrins. Cela ne suffit pas : il fallait favoriser le commerce d'argent entre citoyens, leur ôter tout prétexte de s'adresser aux étrangers en leur donnant la faculté d'employer la procédure plus expéditive créée par le préteur pour les rapports entre citoyens et pérégrins. Voilà, à notre avis, dans quelles circonstances fut votée la loi Æbutia.

En somme, d'après notre conjecture, la loi Æbutia n'a eu qu'une portée limitée : elle a touché seulement à l'action de la loi *per condictionem,* elle a laissé subsister les actions de la loi comme système de procédure. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'elle soit d'une époque assez voisine de celle où fut publié l'un des ouvrages les plus importants qui aient été écrits sur les actions de la loi, les *Tripertita* de Sext. Ælius (2).

(1) Cic., P. Mur., 9.

(2) Il serait sans utilité de passer en revue toutes les hypothèses qui ont été proposées pour expliquer la loi Æbutia. On est en général d'accord aujourd'hui pour

CHAPITRE XVIII

De la valeur technique de l'ancien droit.

La technique du droit consiste en un ensemble de procédés destinés à assurer l'application du droit de la manière la plus rapide et la plus complète. Les procédés usités aux premiers siècles de Rome sont loin de la perfection savante de ceux de l'époque classique; ils sont le résultat d'un instinct, d'un sentiment très vif des nécessités de la pratique juridique bien plus que de la réflexion. Néanmoins les Romains ont su, dès cette époque, donner satisfaction aux besoins généraux de la technique juridique dans la mesure et de la manière que comportait un état de civilisation encore peu avancé.

La technique du droit se propose un triple but :

1° Donner, soit aux règles de droit que le juge doit appliquer, soit aux faits dont il doit tenir compte, une précision suffisante pour qu'il n'y ait ni hésitation ni divergence possibles dans la manière de les apprécier.

2° Agrandir la sphère d'application des règles édictées par le législateur pour un cas particulier, en dégageant ce qu'elles renferment de général, puis en utilisant les principes ainsi découverts pour la solution des cas nouveaux que fait naître la pratique.

3° Faciliter l'intelligence et favoriser le progrès du droit par l'ordonnancement systématique de ses dispositions et par une terminologie rigoureuse (1).

Examinons à ce triple point de vue la technique de l'ancien droit romain.

§ 1er.

La première des conditions que doit remplir la technique du droit reçoit pleine satisfaction dans la jurisprudence pontificale :

reconnaître que les actions de la loi n'ont pas été entièrement supprimées par la loi Æbutia. La difficulté consiste à savoir dans quelle mesure la procédure formulaire a été admise. WLASSAK, *Röm. Proz.*, 103, pense que, depuis notre loi, on avait dans tous les cas le choix entre les deux procédures; l'usage des actions de la loi aurait été facultatif. Mais les arguments qu'il invoque sont loin d'être probants : il n'est pas certain, par exemple, que la formule pétitoire ait été permise à Rome dans les actions réelles concurremment avec la procédure par serment. Cf. GRADENWITZ, Z. Sav. St., IX, 189; COGLIOLO, *Storia*, I, 269.

(1) Voy. le 3e volume d'IHERING, qui est consacré à la technique.

elle n'admet ni les actes indéterminés, ni les actes complexes. En cela elle n'a fait que suivre l'exemple donné par le législateur lui-même : l'un des traits distinctifs de l'ancien droit, c'est l'extrême précision de ses règles.

Lorsque les Douze Tables subordonnent l'acquisition de la propriété à une possession prolongée, elles ne laissent pas au juge le soin de décider combien de temps cette possession doit durer : elles fixent elles-mêmes d'une manière invariable la durée de l'usucapion.

Les peines pécuniaires édictées par la loi étaient calculées à raison de 2, 3, 4 fois le prix de la chose, c'est-à-dire de sa valeur sur le marché. Dans un petit nombre de cas très exceptionnels, la loi prenait en considération soit des objets matériels d'une valeur inappréciable, tels que les os du corps humain, soit un bien qui ne pouvait être perçu par les sens, tel que l'honneur. Mais dans ces cas, la loi avait fixé elle-même le montant de la rançon à payer par celui qui avait brisé un os d'un homme libre ou d'un esclave, ou porté atteinte à l'honneur d'un citoyen.

La peine du vol dépend, non pas du degré de culpabilité du voleur, mais de ce qu'il a été ou non pris sur le fait. Une injure est considérée comme plus ou moins grave suivant qu'elle consiste en voies de fait ou en paroles (1).

Pendant longtemps la loi n'a sanctionné que les stipulations ayant pour objet des choses certaines qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, c'est-à-dire des choses susceptibles d'être perçues par les sens et dont la valeur commerciale, étant de notoriété publique, était facile à déterminer. Quant aux choses qui ne tombaient pas sous les sens, par exemple le crédit, le talent, la loi n'en tenait aucun compte. Il en était de même de l'utilité particulière qu'un objet peut avoir pour une personne, de sa valeur relative.

I. — On peut se convaincre de la répugnance des pontifes pour les actes indéterminés en examinant la structure des actes qui supposent une expression de volonté. En général, la volonté doit être exprimée à haute voix et en termes sacramentels. C'est en raison de cette particularité que le droit romain est considéré comme un droit formaliste.

(1) La loi Aquilia ne punit le dommage injustement causé à une chose corporelle que s'il est le résultat immédiat et direct du fait du délinquant, si par exemple je tue l'esclave d'autrui de ma propre main; mais si je l'enferme de manière à le faire mourir d'inanition, sa mort n'est plus le résultat immédiat du fait que j'ai accompli, je ne suis plus responsable du préjudice causé au maître de l'esclave. Inst., IV, 3, 16.

a. — Le formalisme.

Le formalisme consiste à subordonner l'expression de la volonté à l'emploi de certains mots consacrés. La loi ne tient aucun compte d'une volonté qui se manifesterait de toute autre manière.

Il est parfois difficile de distinguer la conclusion d'un acte des pourparlers qui le précèdent : l'emploi de la formule supprime toute incertitude sur le point de savoir si les parties ont voulu conclure un acte juridique (1). Le formalisme permet également de reconnaître à première vue le caractère de l'acte qu'on a entendu conclure : chaque acte ayant sa formule spéciale, il n'y a pas de confusion possible entre un acte destiné par exemple à constituer un droit réel de servitude et un acte contenant seulement un engagement personnel. Le formalisme provoque à la réflexion les parties qui vont conclure un acte : elles ont, pour en mesurer l'étendue, l'intervalle qui s'écoule entre l'accord des volontés et la prononciation de la formule. Il en est comme de nos jours pour le mariage : il n'a d'existence légale qu'après la célébration devant l'officier de l'état civil.

A côté de ces avantages, le formalisme a des inconvénients qui l'ont fait presque entièrement exclure de nos usages modernes. On a été surtout frappé de l'inégalité qu'il établit entre les citoyens : celui qui ne connaît pas la formule précise qu'il doit employer se voit privé de la protection de la loi ; l'homme le plus honnête peut être victime de son ignorance. Le formalisme est une gêne dans les transactions. Il favorise la mauvaise foi : pour la moindre irrégularité, le débiteur refusera de tenir sa promesse, et le juge ne pourra pas le condamner.

Cependant, lorsqu'on cherche à apprécier le formalisme, il ne faut pas perdre de vue la différence qui sépare les mœurs contemporaines de celles des Romains. Le citoyen qui, à Rome, n'était pas initié aux formules ou qui ne savait pas les appliquer d'une façon correcte, avait toute facilité pour se faire assister par des personnes compétentes. Quant aux entraves que le formalisme semble apporter à la célérité des relations d'affaires, elles ne pouvaient compter à une époque où ces relations étaient très restreintes. Le jour où le commerce commença à se développer,

(1) Aujourd'hui encore, on a maintenu la nécessité d'une forme pour l'expression de la volonté, en matière de testament. La loi du 23 mars 1855 subordonne également l'efficacité, à l'égard des tiers, du transfert entre vifs de la propriété immobilière, de la constitution d'une servitude réelle, d'une hypothèque, à une transcription sur les registres du conservateur des hypothèques.

on eut recours à la forme de la stipulation, où l'inconvénient était considérablement atténué. Enfin le formalisme n'avait pas pour effet chez les Romains d'encourager la mauvaise foi ; l'inobservation de la forme ou le vice de forme ne déliait pas le débiteur de son engagement : s'il n'était pas tenu au point de vue du droit, il restait obligé aux yeux de ses concitoyens, et il ne pouvait manquer à la foi promise sans danger pour sa réputation. La conscience publique était, aux premiers siècles, si délicate qu'on n'aurait pas, à la légère, couru le risque de la blesser.

Comment le formalisme, ce facteur si important de la technique juridique, s'est-il introduit chez les Romains? Est-ce par une intuition de génie qu'ils ont entrevu tout le parti qu'on pourrait en tirer? Le formalisme n'est pas une création arbitraire d'un législateur : on le retrouve dans la religion, dans la vie privée et publique, tout aussi bien que dans le droit (1). Les vœux, les dédicaces, les prières, les auspices, les questions posées au peuple dans les comices, la déclaration de guerre, la conclusion de la paix étaient soumis à des formes déterminées; même pour les actes fiduciaires il y avait des formes traditionnelles. Il faut donc reconnaître que le formalisme tient à un état général de la civilisation. Il y a dans la vie des peuples une période où ils éprouvent le besoin de traduire leurs pensées par des signes matériels. Pour exprimer ce qui ne tombe pas sous les sens, ils emploient des symboles ; pour exprimer clairement leur volonté, ils joignent le geste à la parole, ou bien ils récitent à haute voix une formule consacrée. Symboles et gestes se retrouvent dans l'ancien droit romain aussi bien que les formules (2).

b. — Symboles et gestes.

1° Les trois principaux symboles sont : la tête, la main, la lance (*caput, manus, hasta*). La tête est le symbole de la personnalité juridique; la main caractérise le pouvoir du maître de maison; la lance symbolise la propriété.

La couronne sur la tête d'un esclave conduit au marché indique qu'il a été pris à la guerre. Les haches et les faisceaux du licteur rappellent le pouvoir de vie et de mort qui appartient au

(1) Voy. pour le droit fécial, Liv., I, 24, 28 ; pour le droit sacré, Liv., XXII, 9; XXXIV, 44 ; pour le droit public, Gell., V, 19.

(2) Voy. Otto, *De jurisprudentia symbolica exercitationum trias;* Chassan, *Essai sur la symbolique du droit*, 1847, p. 20; Grimm, *Rechtsalt.*, 109; Ihering, III, 189 et 246; Bechmann, *Der Kauf*, I, 167.

consul. L'eau et le feu dans les cérémonies du mariage sont le symbole de la participation de la femme au culte domestique du mari.

On donne parfois le nom de symbole à des signes qui représentent non plus une idée abstraite, mais un objet matériel : par exemple la baguette (*festuca*) qui représente la lance, la motte de terre qui représente les fonds dans un procès en revendication.

2° Le geste est une manière allégorique d'exprimer la volonté (1). Il accompagne parfois la manifestation verbale de la volonté et sert à la graver plus profondément dans l'esprit de l'auditeur.

Lorsqu'on demandait à un citoyen de servir de témoin à un acte juridique, on lui touchait l'oreille, pour indiquer que le service qu'on attendait de lui consistait à prêter une oreille attentive aux paroles qui allaient être prononcées en sa présence.

Pour exprimer la volonté d'interrompre l'usucapion d'un fonds, on brise une branche d'arbre. Le jet d'un caillou caractérise l'opposition à une construction nouvelle (2).

En matière de procédure, un geste de la main est nécessaire soit dans la prise de corps (*manus injectio*), soit dans la revendication (*manum adserere*).

Dans quelques cas exceptionnels le geste tient lieu d'un acte qui, dans le principe, était réellement accompli : ainsi lorsque l'usage de la monnaie se fut répandu à Rome, on se contenta, dans la mancipation, de faire le geste de peser le métal ; de même lorsque la tradition fut séparée de la mancipation, l'acquéreur par mancipation faisait le geste de saisir la chose ; l'appréhension n'était plus effective.

Symboles et gestes sont l'indice d'une civilisation peu avancée. Dans l'enfance d'un peuple comme dans celle d'un individu, ils tiennent lieu du langage ; ils servent à manifester la pensée de celui qui est incapable de l'exprimer correctement par ses paroles (3).

La place assez restreinte qu'occupent en droit romain les symboles et les gestes, la prépondérance incontestable de l'élément verbal au temps des Douze Tables, prouvent que la civilisation

(1) Voigt, I, 157.

(2) Voy. *supra*, p. 250, n. 3 ; 254, n. 3 ; 516, n. 6. Ped. et Pomp. in Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 1, 6.

(3) Voy. cep. Ihering, III, 191. Si telle est la raison qui a déterminé dans le principe l'usage des symboles et des gestes, ce n'est pas celle qui l'a fait maintenir, sans quoi il aurait dû disparaître avec les progrès de la civilisation. Il faut reconnaître que le peuple romain avait un goût particulier pour la forme.

romaine avait, à cette époque, atteint un certain développement. L'usage à peu près exclusif de formules verbales suppose une certaine force d'abstraction, puisqu'elles servent à provoquer dans l'esprit de l'auditeur une pensée semblable à celle qui se produit dans l'esprit de celui qui parle. Il implique en même temps que la langue est assez riche pour fournir les mots nécessaires à traduire exactement chaque pensée.

c. — Solennités des actes juridiques.

L'emploi de paroles sacramentelles n'est pas le seul élément de la solennité requise pour les actes qui supposent une expression de la volonté. Les actes juridiques de l'ancien droit présentent deux traits caractéristiques : 1° ils exigent une déclaration solennelle ; 2° ils doivent être accomplis devant témoins.

La déclaration solennelle et la présence de témoins ne suffisent pas toujours pour qu'un acte juridique prenne naissance. La solennité comprend parfois d'autres éléments qui s'ajoutent aux précédents et varient suivant la nature de l'acte ; c'est tantôt un simple geste, tantôt l'emploi de l'airain et de la balance ; ici l'on exige la coopération du grand pontife et du flamine de Jupiter, là le concours du collège des pontifes et des comices.

Une déclaration solennelle faite devant témoins suffit pour la *litis contestatio*, la *cretio*, le testament fait par les militaires au moment de marcher au combat, peut-être aussi pour le legs. La déclaration doit être accompagnée d'un geste de la main dans la citation en justice et dans la *manus injectio*. Il faut employer l'airain et la balance dans la mancipation, le prêt, la libération. La coopération du grand pontife et du flamine de Jupiter est nécessaire pour le mariage *farreo*. Enfin, il y a deux actes qui exigent le concours du collège des pontifes et du peuple : l'adrogation et le testament.

La structure de ces actes, qui tous paraissent remonter au très ancien droit, est loin d'avoir le caractère artificiel des actes juridiques imaginés par les interprètes des Douze Tables. En dehors des paroles sacramentelles requises pour la manifestation de la volonté, les divers éléments de la solennité ont leur raison d'être et trouvent leur justification dans le but que les parties se proposent d'atteindre. Ainsi, dans les actes *per æs et libram*, l'emploi de la balance s'explique parce que la vente par mancipation, le prêt et le payement supposent la remise d'une certaine quantité de métal qui dut être pesée tant que l'usage de la monnaie ne fut pas répandu. Il est vraisemblable que la forme de ces actes, que l'on retrouve chez d'autres peuples italiques, a été introduite

par la coutume, et que les pontifes se sont bornés à déterminer l'élément verbal de la solennité.

II. — L'ancien droit n'a pas moins de répugnance pour les actes complexes que pour les actes indéterminés. Cette répugnance se manifeste soit dans l'organisation de la procédure, soit dans celle des actes juridiques, soit enfin dans la structure des rapports de droit.

1° C'est une règle de la procédure antique qu'on ne peut soumettre au juge dans chaque instance qu'une seule demande. Celui qui a plusieurs prétentions à faire valoir contre un même adversaire doit intenter autant d'actions distinctes. Elles pourront être renvoyées devant un même juge ; mais il y aura autant de procès et de jugements qu'il a été formulé de demandes (1).

Cette règle a conservé, à l'époque classique, un certain nombre d'applications. En voici un exemple : le propriétaire victime d'un vol est obligé de recourir à deux actions distinctes et doit, par suite, intenter un double procès, l'un pour réclamer sa chose (revendication, *condictio furtiva*), l'autre pour faire prononcer contre le voleur la peine pécuniaire édictée par la loi (*actio furti*). Si l'objet volé a été incorporé à une chose appartenant au voleur, par exemple c'est une pierre précieuse qui a été enchâssée dans une bague, la victime du vol doit intenter successivement trois procès, l'un (*ad exhibendum*) pour faire séparer l'objet volé, l'autre pour le revendiquer, enfin le troisième pour faire punir le voleur (2).

Une autre règle non moins significative est celle qui concerne le moment où le juge doit se placer pour apprécier la prétention qui lui est soumise : c'est au moment où l'instance est liée contradictoirement entre les deux parties, au jour de la *litis contestatio*. On écarte de l'examen du juge tous les événements postérieurs, toutes les modifications qui ont pu se produire avant le jugement (3).

(1) C'était la conséquence de la forme dans laquelle s'engageait le procès : dans l'action de la loi par serment, la question soumise au juge était celle de savoir si le dépôt fait par le demandeur était juste ou injuste. Si l'on eût permis la réunion de plusieurs demandes, le juge aurait été dans l'impossibilité de formuler sa réponse dans le cas où le demandeur lui aurait paru avoir raison sur certains points et tort sur d'autres. Cf. Ihering, IV, 20.

(2) La règle antique a été abandonnée dans d'autres cas. En voici un où l'innovation est évidente : en droit classique la revendication se donne non seulement contre celui qui possède, mais même contre celui qui par dol a cessé de posséder ; elle était donc à la fois « réipersécutoire » et pénale ; elle tendait à faire recouvrer la chose et aussi à faire infliger une peine à l'auteur du dol. Il n'en était certainement pas ainsi dans l'ancien droit : le préteur dut créer une action spéciale contre celui qui par dol avait aliéné une chose litigieuse.

(3) Perte d'une chose due en vertu d'une stipulation ou d'un testament (Pomp., 22 ad

Cette règle offre un intérêt particulier dans le cas où la demande a pour objet un corps certain. Cet objet peut, durant l'instance devant le juge, se détériorer ou même périr ; il peut augmenter de valeur ou subir une dépréciation ; voilà autant de faits qui compliqueraient la marche du procès : le juge n'a pas à s'en préoccuper. Quelque retard que subisse l'examen de la cause, le demandeur ne doit pas en souffrir : tout doit se passer comme si le juge avait rendu sa sentence aussitôt après qu'il a été saisi de l'affaire.

Cette règle est inspirée par la même pensée que la précédente : de même qu'on a écarté les demandes complexes, on a exclu les faits qui auraient pu, après coup, rendre complexe une demande qui primitivement ne l'était pas. L'application de la règle peut sans doute conduire dans certains cas à un résultat inique ; mais on a pensé qu'il y aurait plus d'inconvénients à laisser le procès traîner en longueur par la mauvaise foi du défendeur ou la partialité du juge.

2° Les deux règles fondamentales de la procédure s'appliquent également aux actes juridiques.

L'ancien droit n'admet pas les actes juridiques complexes, c'est-à-dire servant à créer plusieurs rapports de droit distincts. Les textes sont moins précis pour justifier cette règle que ceux que nous avons cités pour la procédure. La raison en est qu'on a plus facilement admis des innovations dans l'organisation des actes juridiques ; il leur faut plus de souplesse pour se prêter aux changements survenus dans les rapports sociaux. Dans la procédure, au contraire, qui a besoin d'une discipline sévère, les règlements anciens se maintiennent plus aisément, mais il est permis de conclure de l'organisation de la procédure à celle des actes juridiques. Ces actes donnent en effet naissance à des rapports de droit qui sont susceptibles de faire l'objet d'un procès ; or, si l'on doit décomposer les rapports de droit pour les soumettre au juge séparément, le mieux est de faire cette décomposition d'avance, lors de la formation de ces rapports ; ils seront tout prêts à être déduits en justice. On évite ainsi les difficultés qui pourraient retarder la poursuite (1).

Sab., D., XVI, 3, 12, 3) ; plus-value ou dépréciation dans l'action *ex mutuo* (Sab. in Jul., XII, 1, 22 ; Cassius in Gai., 9 ad Ed. prov., D., XIII, 3, 4) ; accessoires : fruits, part, alluvion, exclus des *condictiones* (Arg. Pap., 6 et 20 Quæst., D., XXII, 1, 2 et 3, 1) et de la revendication (arg. de la disposition des Douzes Tables chargeant trois experts de statuer sur les fruits, et de l'établissement d'un rapport obligatoire spécial : *prædes litis vindiciarum*) ; satisfaction donnée par le défendeur. (Arg. de la controverse entre Sabiniens et Proculiens sur la portée de la règle *judicia esse absolutoria*, Gaius, IV, 114.)

(1) Voici quelques faits qui viennent confirmer la règle relative aux actes juridiques :

De même que dans la procédure, on se place à un moment unique pour apprécier les conditions de validité (1) et les effets des actes juridiques (2) : c'est celui de la conclusion de l'acte.

L'usufruit est un droit réel qui, en général, est combiné avec l'obligation pour l'usufruitier de conserver la chose en bon père de famille. Un seul acte juridique peut-il suffire à produire ce double résultat? Les textes en exigent deux : l'*in jure cessio* et la stipulation. L'*in jure cessio* n'a d'autre effet que de créer le droit réel; le préteur doit intervenir pour forcer l'usufruitier à promettre sous caution qu'il jouira en bon père de famille. Il en est tout autrement des droits réels consacrés à une époque plus récente, le gage, l'emphytéose, la superficie : un seul acte suffit pour faire naître le droit réel et le rapport obligatoire. — Le maître qui en affranchissant son esclave veut lui imposer certains services peut-il le faire par une clause de l'acte d'affranchissement? Les textes répondent implicitement à la question en signalant l'existence d'une forme de contracter particulière à ce cas et entièrement distincte de l'acte d'affranchissement (*jurata promissio operarum liberti*). — Pour la stipulation, il n'y a pas de texte explicite, mais il ne paraît pas douteux qu'elle n'ait été soumise anciennement à la même règle. (Paul, 3 ad Nerat., D., XLV, 1, 140 pr. ; Ulp., 46 ad Sab., D., eod., 29 pr.) En droit classique on admet qu'une stipulation unique suffit pour confirmer plusieurs pactes ayant des objets distincts : mais on reconnait qu'en droit tout doit se passer comme s'il y avait autant de stipulations que de choses promises. Il est vraisemblable qu'il y a là une simplification de forme admise par le droit nouveau ; on dispense les parties de faire une stipulation pour chaque pacte : ce tempérament est contraire à la rigueur du droit ancien. De plus, comme les Romains faisaient usage de formulaires spéciaux pour chaque sorte d'actes, il n'est guère admissible qu'on ait fait rentrer des formulaires différents dans les termes d'une même stipulation. — Un seul acte échappe en apparence à la règle : c'est le testament. Par testament on peut conférer la propriété, créer des obligations, donner la liberté, nommer un tuteur. Voilà un acte qui semble fort complexe; mais il n'est pas démontré qu'il ait toujours eu ce caractère. Nous savons trop peu de choses sur le testament comitial pour pouvoir affirmer que cet acte eût dès l'origine la portée qu'on lui attribua à la fin de la République et sous l'Empire. Il ne faut pas d'ailleurs se méprendre sur le caractère complexe du testament : par lui-même il se réduit à un acte contenant une institution d'héritier. Les autres actes qui peuvent accidentellement s'y trouver ont chacun leur formule et leurs conditions de validité; ils forment autant d'actes distincts. Le seul trait qui leur soit commun, c'est que, pour des raisons particulières, leur sort est lié à celui du testament. Il y a ici, en réalité, non pas un seul acte produisant des effets multiples, mais une série d'actes juxtaposés qui produisent chacun leur effet propre, sous une condition déterminée. Cf. Ihering, IV, 136.

(1) L'acte nul à l'origine, c'est-à-dire lors de l'accomplissement des solennités requises, ne peut être rendu valable par aucun fait postérieur (Paul, 8 ad Sab., D., L, 17, 29). On trouve de nombreuses applications de cette règle quant aux actes faits par des incapables, par exemple par des pupilles sortis de l'*infantia* et non autorisés de leur tuteur (Inst., I, 21, 2; Ulp., 24 ad Sab., D., XXVI, 8, 2), quant aux stipulations (Inst., III, 19, 2), aux institutions d'héritier (Lic. Ruf., 2 Regul., D., L, 17, 210). De même on exige pour la validité de l'affranchissement que le *manumissor* soit propriétaire de l'esclave au jour où il lui donne la liberté (Modest., De enucl. cas., D., XL, 9, 20), sinon l'affranchissement restera nul même si le propriétaire devient plus tard l'héritier du *manumissor*. La portée des actes juridiques se détermine à la même époque : on ne tient pas compte d'une modification introduite par la suite. L'acte une fois conclu ne peut être modifié; les parties n'ont que la ressource de détruire l'acte pour en refaire un autre.

(2) L'existence et les effets de l'acte s'apprécient également au jour de sa conclusion. On ne peut ni les ajourner par un terme, ni les suspendre par une condition. Seule de tous les actes de l'ancien droit, la stipulation comporte l'apposition d'un terme ou d'une condition. Les Romains, en ce qui touche la condition, se sont contentés d'étendre au droit privé une faculté déjà admise par le droit sacré, celle de faire une promesse conditionnelle. Le vœu n'était autre chose qu'une promesse faite

Pour certains actes tels que la stipulation, le testament, l'*auctoritas* du tuteur, les textes exigent l'unité de temps. La conclusion de l'acte est soumise à la condition de l'unité de temps et de l'unité de lieu. Pour d'autres actes, la mancipation, l'*auctoritas* du tuteur, l'*in jure cessio* (1), la loi exige spécialement la présence des parties.

L'unité de temps et l'unité de lieu sont plutôt les deux aspects d'une seule et même condition que deux conditions distinctes ; l'unité de temps entraîne comme conséquence l'unité de lieu. Aujourd'hui, il ne serait pas impossible à plusieurs personnes de conclure un même acte en des lieux différents et à la même heure; mais les Romains n'avaient pas les moyens de communication rapide dont nous disposons. Quant à l'unité de lieu, elle suppose l'unité de temps (2).

La règle qui subordonne la conclusion des actes juridiques à la condition de l'unité de temps et de lieu semble méconnue pour l'émancipation et pour l'adoption : les mancipations successives suivies d'affranchissement peuvent être séparées par des intervalles plus ou moins grands (3). La dérogation n'est cependant qu'apparente ; l'émancipation et l'adoption sont le résultat d'une

sous la condition que l'événement désiré se réaliserait. — Le testament, tel que nous le présentent les jurisconsultes de la fin de la République et de l'Empire, n'est pas soumis à la règle générale. En était-il de même dans le droit antérieur? On ne saurait l'affirmer. Le testament dans les comices avait peut-être pour effet de donner la qualité d'héritier à une personne étrangère à la maison du testateur, de manière à mettre cet héritier dans une situation analogue à celle de l'héritier sien. Pour le moment il n'acquérait pas plus de droit sur les biens qu'un adrogé : au décès du testateur, il devenait chef de la maison du défunt sans qu'il y eût succession proprement dite. L'institution d'héritier n'impliquait pas une transmission du patrimoine, mais seulement la collation d'un titre : l'héritier devenait *filii loco*. Quant au testament par l'airain et la balance, c'est un acte double : c'est d'abord une déclaration conférant le titre d'héritier, puis un acte de disposition dont l'effet est subordonné à celui de la déclaration.

(1) Gaius, II, 26 : *præsentibus amicis;* Inst., I, 21, 2; arg. Gaius, II, 211.

(2) Justinien le déclare pour l'*auctoritas* du tuteur, et, pour l'*in jure cessio*, cela résulte d'un fragment de Paul (1 Manual., D., VIII, 4, 18) relatif à l'établissement de servitudes prédiales au profit ou à la charge de plusieurs copropriétaires. On admet, dit-il, que les divers copropriétaires peuvent procéder successivement à l'*in jure cessio,* mais les cessions successivement faites n'auront aucune valeur jusqu'à ce que la dernière ait eu lieu ; tout doit se passer comme si les copropriétaires avaient pris part à la cession en même temps. Nous trouvons énoncée dans ce texte la règle du droit ancien qu'on n'avait pas osé abandonner au troisième siècle de notre ère, mais qu'on avait rendue moins incommode dans la pratique grâce à une interprétation bienveillante : au lieu d'exiger le concours à l'acte de tous les intéressés, on leur permettait d'agir séparément, mais, en droit, il n'y avait rien de fait tant que le dernier copropriétaire n'avait pas procédé à l'*in j. c.* Si, dans l'intervalle, un de ceux qui avaient déjà fait cession venait à mourir, tout était à recommencer. Cf. Celsus, 27 Dig., D., VIII, 3 11

(3) Gaius (I, 135) suppose que l'émancipé ou l'adopté peut concevoir un enfant entre la première et la deuxième, ou entre la deuxième et la troisième mancipation.

série d'actes indépendants les uns des autres et produisant chacun leur effet (1).

3° L'ancien droit n'admet pas les rapports de droit complexes. Un rapport de droit peut être complexe de deux façons : soit lorsqu'il produit un droit réel et un droit de créance à la fois, soit un droit et une obligation corrélative au profit et à la charge des personnes qui figurent dans le rapport. A l'époque classique et au Bas-Empire on rencontre des rapports de droit où le droit réel est combiné avec un droit de créance : ce sont l'hypothèque, l'emphytéose, la superficie ; on trouve également la combinaison d'un droit réel et d'un droit de puissance : le colonat. Il n'y a rien de pareil dans l'ancien droit. On peut s'en convaincre en examinant la structure du legs : il a deux formes distinctes, sanctionnées chacune par une action différente, pour conférer un droit réel ou un droit de créance.

Un rapport de droit est également complexe lorsqu'il produit au profit et à la charge de chacune des personnes qui figurent dans le rapport un droit et une obligation corrélative. Dans l'ancien droit, tous les rapports de droit sont unilatéraux. Le chef de maison a un droit sur les personnes qui l'entourent, sa femme, ses enfants, ses esclaves : il n'est tenu envers eux d'aucune obligation ; entre eux il n'y a pas réciprocité de droits et d'obligations. Le propriétaire ne peut non plus, en cette qualité, être obligé à faire quelque chose au profit d'un tiers ; il peut s'y obliger personnellement, mais non grever son fonds d'une charge qui astreigne celui qui le possédera à faire quelque chose ; un fonds ne peut être grevé d'une charge que sous forme de servitude, et la servitude ne peut consister à faire. Les rapports obligatoires sont pareillement unilatéraux.

§ 2.

I. — La seconde tâche de la technique consiste à agrandir la sphère d'application des dispositions consacrées par le législateur pour un cas particulier, d'abord en dégageant ce qu'elles renferment de général, puis en utilisant les principes ainsi découverts pour la solution des cas nouveaux que fait naître la pratique.

Nous avons vu comment les prudents ont satisfait à cette tâche en formulant des règles de droit ; nous avons montré en même temps comment ces règles qui, par elles-mêmes, n'expriment

(1) Cela est si vrai que, si le chef de maison change d'idée après avoir mancipé une ou deux fois son fils, l'enfant restera sous le *mancipium* du tiers acquéreur jusqu'à ce qu'il ait été affranchi, et retombera ensuite sous la puissance paternelle.

que l'opinion d'un juriste, peuvent, sous certaines conditions, acquérir une valeur égale à celle de la loi. Nous voulons répondre ici simplement à une objection : ne serait-il pas préférable de laisser au législateur le soin d'étendre les règles qu'il a posées? Ce serait méconnaître la façon dont son intervention est d'ordinaire provoquée.

L'attention du législateur est toujours attirée par un cas particulier dont la solution paraît urgente. Par la force des choses, il est pour ainsi dire condamné à n'apercevoir qu'un des aspects de la question, soit par suite de la faiblesse propre à l'esprit humain, soit parce qu'il s'agit de faits dont il ne peut pas même avoir l'idée au moment où il statue. Pour prendre un exemple contemporain, on sait quelle révolution a opérée dans les relations commerciales l'établissement des chemins de fer ; comment régler les rapports des particuliers et des compagnies au point de vue des transports? Le code de commerce de 1808 ne pouvait le prévoir ; il ne parle que de la lettre de voiture. La jurisprudence a su approprier les dispositions concernant les voituriers, de manière à donner satisfaction aux conditions nouvelles des transports par chemins de fer.

Assurément le législateur pourrait résoudre les questions au fur et à mesure qu'elles se présentent, mais ce système aurait l'inconvénient de multiplier indéfiniment les articles de loi et de rendre par suite bien difficile la tâche du juge. L'inconvénient serait surtout sensible pour certaines questions qui se représentent uniformément dans les divers rapports juridiques et que l'on pourrait être porté à résoudre sans nécessité d'une manière différente. Cette tâche sera au contraire de beaucoup simplifiée si l'on confie à la jurisprudence le soin de dégager le principe d'où découlent les dispositions de la loi ; au lieu de retenir une suite de règles sans lien apparent, le juge n'aura qu'à se pénétrer des principes qui en contiennent la substance. L'œuvre de la jurisprudence sera en même temps plus féconde que celle du législateur, parce que le principe qu'elle aura découvert pourra produire des conséquences nouvelles et inattendues. C'est par la jurisprudence que se réalisera le plus souvent le progrès dans le droit.

On ne saurait donc contester la légitimité et l'utilité de cette opération de la technique, qui consiste à agrandir la sphère d'application du droit. Quelle est la marche à suivre en cette matière? Les rapports nouveaux que fait naître la pratique ne sont, le plus ordinairement, que la combinaison ou la modification des rapports existants ; au lieu d'établir pour chaque rapport nouveau une règle nouvelle, il est bien plus simple d'y appliquer les

règles anciennes dans la mesure où elles peuvent être utilisées. Pour déterminer cette mesure, il y a une double opération à faire : d'abord analyser les rapports de droit et rechercher les questions qui leur sont communes, afin de séparer les idées générales des décisions d'espèces auxquelles elles ont été liées à leur naissance ; puis analyser les règles de droit pour y découvrir les notions fondamentales dont elles ne sont bien souvent que des combinaisons variées. Ces notions fondamentales une fois reconnues, on les appliquera à tous les rapports de droit semblables. Cette généralisation n'est pas toujours facile : il y a bien des principes de droit qu'on n'est parvenu à formuler qu'au prix de bien des efforts : tel est le principe de la représentation qui, entrevu par les Romains, n'a été nettement défini que par les jurisconsultes modernes.

II. — Les premiers interprètes de Rome ont de bonne heure montré une aptitude particulière pour ce travail d'analyse, de décomposition dialectique. Les pontifes ont transporté dans le droit des habitudes qu'ils avaient contractées dans l'étude de la religion. On sait qu'ils ont poussé à l'extrême l'analyse des qualités des dieux, et qu'ils en ont fait autant de divinités spéciales (*indigitamenta*) : de là ce goût pour les distinctions, si vivement critiqué par Cicéron (1). Mais le reproche, qui aurait été fondé s'il se fût adressé à la théologie, portait à faux en ce qui touche le droit. L'erreur de Cicéron est facile à expliquer : la science du droit était trop peu développée de son temps pour qu'il pût pressentir le parti que devaient tirer d'une analyse minutieuse les jurisconsultes classiques.

Les pontifes, et même les légistes contemporains de Cicéron, se livraient à l'analyse d'instinct. Ce que leur reproche Cicéron, c'est de ne pas justifier théoriquement cette division indéfinie de la matière juridique ; c'est de ne pas former du résultat de leurs travaux un corps de doctrine sur lequel le profane puisse juger, au moins dans ses grandes lignes, du mérite de l'œuvre. Le progrès de la jurisprudence nous permet aujourd'hui de rendre justice aux légistes des premiers siècles : la voie où ils s'étaient engagés était la bonne ; c'est grâce à leurs efforts et à ceux de leurs successeurs que nous avons appris l'art de donner satisfaction avec un petit nombre de règles aux besoins les plus divers de la pratique. Si, en effet, la méthode analytique s'impose aux jurisconsultes, c'est à la condition de la faire servir à un but pratique ; sinon elle perd sa raison d'être, et ne saurait trop être

(1) Cic., De leg., II, 19 : jure consulti... sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispartiuntur.

condamnée. Il suffit de rappeler le nom de Bartole pour montrer à quelles puérilités peut conduire l'abus des distinctions (1).

§ 3.

Les premiers légistes de Rome ont été plus habiles à analyser qu'à construire ; ils ne paraissent pas s'être préoccupés de faciliter l'intelligence du droit autrement qu'en s'appliquant à la terminologie : c'est un reproche que les Romains eux-mêmes leur ont souvent adressé. Il faut donc bien se garder de transporter dans l'étude de l'ancien droit une forme de penser qui nous est familière et que nous devons aux jurisconsultes de la fin de la République et du haut Empire : elle consiste à donner l'intuition d'un nombre plus ou moins grand de règles de droit à l'aide d'une définition, d'une classification ou d'une division.

I. — Les jurisconsultes romains nous ont habitués à grouper les règles de droit gouvernant un même rapport pour en constituer un seul tout. Bien que l'unité ainsi formée soit une création de l'intelligence, une œuvre des jurisconsultes — on l'appelle pour cela *institution juridique* — on peut, en tant qu'elle s'applique à un rapport concret, la comparer à un organisme doué d'une existence individuelle. Par suite, les règles de droit, en devenant partie intégrante de cette unité, subissent une tranformation dans leur nature, elles apparaissent non plus comme un ordre du législateur, mais comme les éléments d'un organisme. Cette transformation facilite l'intelligence des règles du droit en fournissant un cadre très commode pour les distribuer. En considérant une institution juridique comme un organisme vivant, on est conduit à rechercher sa nature, ses qualités, ses conditions d'existence, ses ressemblances et ses différences avec les autres institutions juridiques. Les éléments qui la composent se trouvent agencés de telle sorte que, quel que soit leur nombre, l'esprit les perçoit simultanément et cependant avec toutes leurs nuances.

Les jurisconsultes nous ont également enseigné à coordonner les unités obtenues par le groupement des règles concernant un même rapport, de manière à en former des unités plus larges. Ces nouvelles unités qui comprennent une série de rapports placés sous la dépendance d'un autre rapport connexe, sont classées systématiquement, de sorte qu'un coup d'œil suffit pour reconnaître le caractère des institutions d'une même classe. Chaque classe peut, à son tour, comprendre un certain nombre de divi-

(1) Cf. Quintil., IV, 5.

sions destinées à faire ressortir le caractère spécial des institutions qu'elle renferme.

Cet ordonnancement systématique du droit, dont les législations modernes ont emprunté l'idée aux jurisconsultes de Rome, est étranger à l'ancien droit; il suppose une puissance d'abstraction dont les premiers interprètes n'étaient pas capables. On trouve bien chez eux quelques divisions, mais celles qui, sans contestation possible, remontent à une haute antiquité, ne sont pas la conséquence d'un groupement particulier des règles de droit ; elles caractérisent simplement des choses répondant à des besoins différents (*familia, pecunia*). On chercherait vainement une division quelconque de ce que l'on a appelé plus tard les droits réels : le droit de propriété a de tout temps été confondu avec son objet, et si, à une certaine époque, on en a distingué les servitudes (*jura prædiorum rusticorum* ou *urbanorum*), cette distinction était inconnue à l'ancien droit : les servitudes de passage, de puisage, d'aqueduc, étaient confondues avec l'objet du droit ; on les désignait par *iter, aqua, rivus* (1).

II. — Si les plus anciens juristes de Rome n'ont pas su coordonner les règles de droit, ils ont du moins préparé la tâche de leurs successeurs en s'attachant à la terminologie. La terminologie joue dans la technique du droit un rôle secondaire, mais qui n'est pas sans importance. L'emploi de termes techniques facilite l'usage des idées juridiques, pourvu qu'on les réserve pour désigner des notions distinctes. Les pontifes, qui avaient le culte du mot, ne pouvaient manquer de veiller à la précision de la langue du droit; ils l'ont fait avec cette finesse d'analyse dont ils ont donné tant de preuves dans les *indigitamenta* (2).

III. — Les anciens interprètes n'ont pas négligé cette partie de la technique, qui a pour objet de favoriser le progrès du

(1) Voici cependant une division qui fait allusion à l'emploi d'un acte juridique et qui paraît antique : c'est celle des *res mancipi* et *nec mancipi*. Elle exprime une qualité juridique d'une certaine catégorie de choses; mais cette division remonte-t-elle à l'ancien droit? Sans entrer ici dans l'examen de cette question, nous présenterons seulement une observation : on a souvent constaté que les mots exprimant des idées fournies par les sens sont, dans chaque langue, ceux qui apparaissent les premiers. Ceux au contraire qui expriment une idée abstraite ne viennent que plus tard; ils dénotent un degré de civilisation assez avancé. A ce point de vue il ne saurait être douteux que la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi*, bien qu'assez ancienne, n'ait été établie cependant à une époque relativement récente. Si l'énumération que donne Ulpien des *res mancipi* exprime bien les choses qu'on a rangées dès l'origine dans cette catégorie, et l'exclusion des éléphants et des chameaux nous porte à le croire, cette division est nécessairement postérieure à l'époque où l'on a étendu la mancipation aux fonds de terre et aux maisons.

(2) On peut citer comme exemple la distinction des délits d'action et d'inaction (*maleficium, delictum*). Festus : *delinquere* est prætermittere quod non oportet præterire.

droit. Mais leurs procédés sont bien différents de ceux des jurisconsultes classiques et du droit moderne.

L'ordonnancement systématique des dispositions législatives est aujourd'hui l'instrument le plus puissant du progrès du droit; il a pour effet, nous l'avons dit, de les transformer et d'en faire les éléments d'un organisme. Cette transformation est essentiellement suggestive : elle donne l'idée de questions auxquelles le législateur n'a pas songé et que la pratique révélera peut-être un jour ou l'autre ; le jurisconsulte ne sera pas pris au dépourvu, il trouvera aisément la solution du problème. Il y a plus encore : en appliquant son attention sur les institutions juridiques, en les combinant entre elles, la jurisprudence est conduite à créer des doctrines qui viennent compléter l'œuvre du législateur. C'est de cette manière que les découvertes sont possibles dans la science du droit. Il y a là un résultat d'autant plus important que les productions de la science du droit ne sont pas destinées à rester dans le domaine de la théorie.

Les institutions juridiques construites par la jurisprudence sont toujours perfectibles. Tantôt on accommode les institutions déjà admises aux besoins nouveaux du commerce, grâce à d'ingénieuses distinctions dont les jurisconsultes classiques nous offrent tant de modèles ; ce procédé a l'avantage de ne pas porter atteinte à la stabilité des théories juridiques. Tantôt les nécessités de la pratique conduisent les jurisconsultes à créer des institutions nouvelles ou à modifier les anciennes. Le droit est susceptible d'un progrès indéfini depuis qu'il est devenu la science de l'organisation des règles posées par le législateur.

Nous pouvons aujourd'hui apprécier la valeur de l'instrument que les jurisconsultes classiques ont mis entre nos mains, en mesurant les progrès réalisés depuis le siècle de Papinien. Telle construction, qui aurait paru impossible aux jurisconsultes de Rome, est aujourd'hui regardée comme légitime. Il suffit de citer l'exemple des titres au porteur : ces titres confèrent un droit de créance non plus à une personne déterminée, comme cela était essentiel à l'idée d'obligation chez les Romains, mais au premier venu qui en est le détenteur (1). Le jurisconsulte qui imagine une construction nouvelle des règles de droit peut, si elle est bien faite, rendre à la pratique un service analogue à celui que rend l'ingénieur qui invente une machine. Il n'est pas exagéré de dire que l'introduction des titres au porteur et de l'endossement en blanc a déterminé dans les relations commerciales une révolution

(1) Voy. Saleilles, op cit., 287.

aussi grande que celle qui a eu lieu dans les modes de transport par l'établissement des chemins de fer.

Les interprètes des Douze Tables procédaient tout autrement. Pour satisfaire les besoins nouveaux de la pratique, ils eurent recours à une série d'expédients : ils ont étendu l'application des formes traditionnelles et des règles anciennes à des cas qui s'éloignent plus ou moins de ceux pour lesquels elle avaient été établies ; ils les ont détournées de leur portée normale.

Ces moyens nous paraissent aujourd'hui forcés, parfois même puérils ; mais il ne faut pas oublier qu'ils appartiennent à une époque où la culture du droit était peu avancée. Ils avaient d'ailleurs l'avantage de faire apparaître aux yeux des Romains le lien qui rattachait aux Douze Tables ces formes d'actes et ces règles, et, par suite, de leur donner une valeur qui leur aurait fait défaut.

Parmi ces procédés, il en est deux qui servent à créer ou à éteindre des droits : ils consistent dans l'emploi d'actes imaginaires et d'actes dénaturés. Le troisième est spécial à la procédure, il consiste à faire usage d'actes fictifs.

1° *Actes imaginaires*. — Il y a trois actes que Gaius présente comme imaginaires : la mancipation, le payement par l'airain et la balance, l'acceptilation. Ils diffèrent de l'acte réel correspondant en ce qu'on y supprime la nécessité d'un de ses éléments essentiels : dans les deux premiers actes, la pesée du métal n'est pas effectuée. Cette modification s'imposa à l'époque où l'usage de la monnaie devint général chez les Romains. Dans le troisième il est probable qu'anciennement le payement réel devait accompagner la prononciation des paroles sacramentelles. Ce payement cessa d'être exigé lorsqu'on permit de faire gratuitement remise de la dette.

2° *Actes dénaturés* (1). — Les actes dont nous avons à parler ici, et que les textes désignent ordinairement par l'expression *dicis causa,* ne diffèrent en rien des actes réels quant aux conditions requises pour leur formation : ils s'en distinguent par l'effet qu'ils produisent. Cet effet est anormal ; il est étranger à la destination essentielle de l'acte réel. C'est donc un acte qui en apparence doit conduire à un certain résultat et qui en réalité mène à un but tout différent.

Ainsi la mancipation qui, régulièrement, sert à faire acquérir la propriété d'une chose en exécution d'une vente au comptant, a

(1) C'est ainsi que les appelle MOMMSEN, *Röm. Forschungen,* I, 408. IHERING, IV, 285, les qualifie *actes apparents*. Cf. BECHMANN, *Der Kauf,* I, 177 ; LEIST, *Gr. ital, R. G.*, 264. Il existait un usage analogue en droit sacré. SERV., Æn., II, 116 ; MACR., I, 7, 34.

été employée pour réaliser une vente à crédit, une donation, pour constituer un gage, pour faire un dépôt, pour éteindre la puissance paternelle, pour faire acquérir la *manus* sur une femme, pour tenir lieu de testament.

3° *Actes fictifs.* — Dans l'acte fictif, l'une des conditions requises pour que l'acte réel produise son effet manque : la fiction consiste à supposer que cette condition est réalisée. On tient pour vrai un fait que l'on sait faux ; par conséquent, l'acte fictif produit le même effet que l'acte réel. En cela il diffère de l'acte imaginaire : lorsque dans la mancipation la pesée n'avait lieu que pour la forme, il est certain qu'elle n'était pas considérée comme équivalente au payement du prix ; de même dans le payement par l'airain et la balance.

Une autre différence entre l'acte fictif et l'acte imaginaire, c'est que, dans celui-ci, la partie de la solennité qui est imaginaire se manifeste aux yeux de tous avec ce caractère ; elle peut être perçue par les sens. Il n'en est pas de même dans l'acte fictif, qui a seulement pour but de modifier l'appréciation faite par le juge d'un rapport de droit.

L'acte fictif diffère également de l'acte *dicis causa :* dans celui-ci, les conditions requises pour que l'acte produise son effet, existent, mais l'effet ne doit pas se produire comme à l'ordinaire. Dans l'acte fictif, au contraire, l'effet de l'acte se produit bien que toutes les conditions n'existent pas.

L'ancien droit nous offre dans l'*in jure cessio* une application très importante d'un acte fictif.

Tels sont les principaux moyens qui ont servi à étendre l'application du droit. Les juristes de Rome poussèrent à l'extrême l'usage de ces expédients. Ils en vinrent à se servir du mariage pour permettre à une femme de changer de tuteur, de faire son testament, de se décharger du soin d'entretenir le culte d'une personne dont elle avait recueilli l'hérédité.

Cette extension forcée des usages antiques fut tolérée tant que la science du droit fut à l'état rudimentaire. Il vint un moment où la conscience publique se révolta. Cicéron s'est fait l'écho de ce sentiment, et, comme il arrive dans toute réaction, il ne sut pas rendre justice aux efforts des jurisconsultes pour combler les lacunes d'une législation par trop insuffisante (1). Cela même nous prouve que les procédés auxquels ils avaient eu recours pour favoriser le progrès du droit étaient d'une portée limitée. Il fallait qu'une révolution s'opérât dans la pensée juridique pour ouvrir à la jurisprudence un horizon nouveau.

(1) Cic., P. Mur., 12.

CONCLUSION

CARACTÈRE GÉNÉRAL DE L'ANCIEN DROIT.

Nous avons suivi jusque dans le détail le développement de l'ancien droit considéré comme fait social et comme jurisprudence : il reste à dégager les principes qui ont inspiré les Romains dans la formation de leur droit. L'analyse que nous avons faite était nécessaire pour dissiper les préjugés qui règnent sur le caractère de l'ancien droit, et pour expliquer certaines contradictions qui ne laissent pas que de surprendre.

L'ancien droit est plein de contrastes. A côté de coutumes barbares qui rappellent les mœurs des peuples sauvages, on trouve des usages qui supposent un sentiment du devoir plus développé que dans notre civilisation moderne. D'un côté le talion, le pouvoir de vie et de mort du père sur les membres de sa famille, le droit de tuer le débiteur qui conteste à tort sa dette et ne trouve personne qui réponde pour lui, et de l'autre les rapports affectueux du père et des enfants, la situation digne et respectée de la mère, l'observation scrupuleuse de la foi promise, l'échange entre parents et amis, entre habitants d'un même quartier ou entre membres d'une même corporation, de ces bons offices qui sont comme le ciment de la société.

Le contraste est le même pour les actes servant à la conclusion des rapports sociaux, entre les actes juridiques et les actes fiduciaires : d'un côté le formalisme méticuleux des actes destinés à procurer la sanction de la loi, de l'autre la simplicité de ceux qui n'ont d'autre sanction que le blâme du censeur.

Enfin le contraste n'est pas moins grand dans la procédure : tandis que le juge institué par le magistrat a des pouvoirs si restreints qu'on semble se défier de lui et de son aptitude à apprécier le différend qui lui est soumis, tandis qu'on écarte soigneusement toutes les questions qui pourraient compliquer son

examen, l'arbitre choisi par les parties et sans caractère officiel jouit d'une entière latitude; il est appelé à statuer sur des rapports souvent très complexes.

Ces contrastes expliquent comment on a porté des jugements si divers, suivant que l'on a envisagé l'ancien droit sous l'un ou l'autre de ces aspects. En général on a été plutôt frappé par le côté extérieur de la législation, et, sans plus d'examen, on en a conclu que l'ancien droit romain est un droit barbare par ses dispositions, formaliste jusqu'à la puérilité dans la conclusion de ses actes et dans sa procédure, et par-dessus tout égoïste par l'esprit qui l'anime, consacrant des droits qui n'ont pour corrélatif aucun devoir. Bref, c'est un droit d'où il n'y a aucun enseignement utile à tirer au point de vue moral (1).

Les pages qui précèdent nous autorisent à réformer ce jugement. Nous envisagerons l'ancien droit comme règle de conduite, puis comme pouvoir consacré par la loi.

§ 1er.

I. — On considère aujourd'hui le droit comme une règle de conduite à laquelle l'homme doit se conformer dans ses rapports avec ses semblables sous peine d'y être contraint par la force publique. Tel n'est pas le caractère général de l'ancien droit : la loi se borne à protéger la propriété et à réprimer les torts causés à la personne et aux biens par les membres d'une famille au préjudice d'une autre famille. Mais elle ne régit ni les rapports sociaux, sauf ceux qui résultent du prêt et de l'aliénation des biens patrimoniaux, ni même les rapports du chef et des membres de la famille. Les règles qui forment la majeure partie des dispositions de notre Code civil, celles qui concernent les engagements que les citoyens peuvent contracter les uns envers les autres, sont presque entièrement étrangères à l'ancien droit. Même en tenant compte de la différence dans le degré de civilisation, il y aurait là une lacune inexplicable si l'on ne savait la place considérable occupée dans la Rome antique par les préceptes de morale.

Les rapports du père avec ses enfants, du mari avec la femme, du maître avec ses esclaves, du patron avec ses clients et affranchis, du créancier avec son débiteur en vertu d'un acte fiduciaire, étaient régis non par la loi, mais par les mœurs. L'observation des devoirs qui en résultaient n'avait d'autre sanction que la colère des dieux ou le blâme du censeur. La loi intervenait seule-

(1) Voy. Dr Letourneau, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, 1891, p. 394.

ment dans les cas où il y avait à redouter que l'inobservation de ces devoirs n'excitât le ressentiment de celui qui avait à s'en plaindre, en lui inspirant le désir de se venger. Elle punissait spécialement le vol, l'injure et certains abus de confiance commis par un dépositaire ou par un mandataire.

Le sentiment du devoir avait, à Rome, dans les premiers siècles, une intensité dont on n'a plus l'idée aujourd'hui. Ce sentiment s'est développé et fortifié grâce à la surveillance que les membres de chaque *gens* exerçaient les uns sur les autres en vue de maintenir le prestige de la race, plus tard grâce au contrôle du censeur, qui s'étendit sur les plébéiens comme sur les patriciens. Sans doute la notion du devoir n'a pas encore ce caractère élevé qu'elle acquerra dans la suite ; elle se borne à imposer l'observation des usages des bons citoyens. Mais c'est déjà un point de départ dont on ne saurait méconnaître l'importance : les Romains ont eu conscience, dès cette époque, que, au-dessus du droit promulgué et de la coutume des ancêtres, il y a des préceptes auxquels l'honnête homme doit se conformer dans ses rapports avec ses semblables. Ils n'ont pas, comme on l'a prétendu, confondu le droit et la loi (1).

II. — Dans une cité où les bonnes mœurs régnaient en souveraines, nous ne devons pas être surpris de la rigueur exceptionnelle de la loi. Si un acte malhonnête révoltait la conscience publique, la violation de la loi devait paraître un véritable forfait. La vertu des Romains avait quelque chose de farouche. Les robustes laboureurs de la campagne de Rome n'avaient pas l'humeur facile des habitants de l'Attique. Leur droit se ressent de la rudesse de leur caractère : il a quelque chose de tranchant, d'impitoyable. Nous ne parlons pas de coutumes barbares telles que le talion, dernier vestige d'un état social qui n'était déjà plus celui des fondateurs de Rome, ni même des mauvais traitements infligés aux emprunteurs qui ne remboursaient pas leur dette. Le capitaliste était sans ménagement pour le débiteur insolvable; mais les actes de cruauté dont l'histoire a gardé le souvenir étaient motivés par l'avarice des prêteurs plutôt qu'autorisés par la loi, qui n'avait pas défini leurs droits. La loi réservait toute sa sévérité pour le débiteur qui niait à tort sa dette et ne trouvait personne qui voulût répondre pour lui.

(1) Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, p. 204. On a dit qu'aux yeux des Romains, le droit est « ce qui a été prescrit » (*jus quod jussum est*). C'est contestable même au point de vue étymologique : le mot *jubere* caractérise le droit au point de vue extérieur, la forme sous laquelle le peuple exprimait sa volonté. Voy. *supra*, p. 54 et 55, n. 2.

Encore fallait-il que cette dette résultât d'un acte solennel dont l'existence matérielle était facile à vérifier, de sorte que le débiteur pût être considéré comme niant l'évidence.

Le mérite de la législation et de la jurisprudence est d'avoir progressivement éliminé ces débris de coutumes surannées. Plus de trois cents ans avant notre ère, la loi retira au créancier le droit qu'il avait eu jadis sur le corps du débiteur.

§ 2.

1. — Envisagé comme pouvoir, le droit a été souvent présenté comme venant de l'État, comme une création de l'État. Tel n'est pas le point de vue des Romains aux premiers siècles : il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler quelle était, à cette époque, la notion de l'État, en évitant de la confondre avec celle qu'on rencontre chez les Grecs (1).

A Rome, l'État nous apparaît comme une simple confédération de familles qui se sont groupées pour se défendre plus efficacement contre les ennemis du dehors. La loi n'est autre chose que l'engagement réciproque des chefs de famille d'observer certaines règles dans l'intérêt commun, et de se garantir respectivement la propriété de certains biens. Elle puise sa force dans la promesse qu'ils se font les uns aux autres de se prêter un mutuel appui pour repousser toute usurpation commise par l'un des membres de la cité au préjudice des autres.

Aux yeux des Romains, l'État et le droit reposent sur un contrat (2). Cette idée, que l'on retrouve chez divers philosophes de l'antiquité et chez les théologiens scolastiques (3), ne les a pas conduits aux conséquences que devait plus tard formuler Rousseau. Bien loin de penser que le pacte social impliquât « l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté », ils y ont vu un moyen de restreindre les droits de l'État au strict nécessaire, et, pour le surplus, ils ont conservé leur indépendance et leur autonomie dans la mesure consacrée par la coutume des ancêtres.

La situation du citoyen à Rome, à l'époque antique, est bien différente de celle qui lui est faite chez les Grecs. En Grèce, l'État est tout-puissant; il a mission de veiller au bien-être et même à la perfection morale des membres de la cité. Dès lors le

(1) Cf. Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, trad. de Riedmatten, 1877, p. 29.

(2) Cf. Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, 2e éd., 1890, p. 537.

(3) De Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, 1889, p. 106.

citoyen est absorbé par l'État, qui règle sa destinée et le conduit vers un idéal de bonheur déterminé. Le rôle de l'État étant d'acheminer les citoyens à la vertu, il a le devoir de sacrifier les intérêts privés et même la liberté privée à l'intérêt public. L'État devient inquisiteur; il pénètre dans les maisons et y règle les moindres détails de la vie privée. Le citoyen n'est pas le maître de vivre à sa guise; il est fait pour l'État, et non l'État pour le citoyen (1).

A Rome, au contraire, l'État respecte l'indépendance des chefs de famille; il évite soigneusement d'empiéter sur leur pouvoir; son autorité expire au seuil de la maison. L'ingérence de l'État dans la vie privée du citoyen est discrète; elle se borne au contrôle du censeur et a pour objet d'assurer l'observation de l'usage des honnêtes gens; elle a une sanction morale, parfois pécuniaire, qui n'est vraiment efficace qu'à l'égard des citoyens riches et de ceux qui aspirent aux fonctions publiques.

II. — Puisque le droit, considéré comme un pouvoir, dérive d'un contrat, il en résulte qu'il ne saurait exister au profit de tous les citoyens indistinctement. Le contrat a été conclu entre les chefs de famille : eux seuls sont capables d'avoir des droits. Les avantages qui découlent pour eux de ce contrat, ainsi que les charges corrélatives, passent, après leur mort, à leurs héritiers siens ou, à défaut, aux héritiers testamentaires qu'ils ont choisis avec le concours des pontifes et du peuple.

Il a fallu la loi des Douze Tables pour reconnaître des droits à une classe de citoyens qui ne descendaient pas des *patres* entre lesquels avait été conclu le pacte primitif, ou qui n'avaient pas été accueillis dans leurs rangs à titre de patriciens.

Quant aux membres de la famille, ils n'ont pas qualité, même après les Douze Tables, pour invoquer la garantie promise par les *patres;* ils ne peuvent donc pas être propriétaires quiritaires. C'est là d'ailleurs une conséquence de l'organisation sociale de cette époque : dans le régime patriarcal, la famille seule a des droits exercés par son chef. Le pécule concédé aux fils de famille, aux femmes ou aux esclaves, leur appartient en fait, mais non en droit.

Il ne faut pas se hâter d'en conclure que, dans la Rome antique, les membres de la famille aient été sacrifiés. Certes les Romains n'avaient pas conçu la notion du droit individuel (2) : c'est là

(1) Cf. DENIS, *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité*, 1856, I, 128, 212; JANET, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3e éd., 1887, I, 158, 215.

(2) Seuls les Germains ont eu une tendance à l'individualisme. Voy. GEFFROY, *Rome*

une conquête des temps modernes (1). Mais la puissance du père n'a pas, comme on l'a souvent répété, un caractère despotique : c'est une magistrature. Le pouvoir de vie et de mort, qu'il tient de la coutume des ancêtres et non de la loi, ne peut s'exercer arbitrairement, même vis-à-vis des esclaves.

Si, en vertu des Douze Tables, il a le droit de vendre son fils ou plutôt de louer ses services pour un temps limité, ce n'est pas qu'on l'assimile entièrement aux bêtes de trait ou de somme : c'est que, dans l'enfance du droit, les conceptions juridiques sont peu variées : on ramène tous les droits à l'idée de propriété. On ne sait pas exprimer d'une autre manière le droit qu'on a sur les personnes, fils de famille ou femmes *in manu,* esclaves ou débiteurs insolvables.

Vers la fin de la République et principalement à l'époque impériale, on vit apparaître et se développer, sous l'influence de la Grèce, l'idée de l'omnipotence de l'État et de celui qui parle en son nom, dictateur ou empereur. C'est alors que le bon plaisir du prince acquit force de loi ; c'est alors que la propriété privée fut méconnue, que les citoyens furent dépouillés de leurs biens par d'injustes confiscations. Rien de pareil dans la Rome antique. On ne saurait comparer les agissements des rois à l'égard de la plèbe aux spoliations de Sylla à l'égard des proscrits : les plébéiens n'avaient pas la propriété quiritaire des terres qu'on leur avait concédées. Ils n'acquirent un droit véritable que depuis les Douze Tables, et dès lors leur propriété fut respectée à l'égal de celle des patriciens.

Cette extension de la propriété aux plébéiens ne fut pas seulement un acte de bonne politique : elle était conforme au principe sur lequel reposait la propriété quiritaire. Aux yeux des Romains des premiers siècles, la propriété avait sa raison d'être dans les besoins de la famille et sa justification dans le travail de l'homme s'il s'agit de la terre, dans l'effort qu'il a accompli pour s'en emparer et pour le dresser, s'il s'agit d'un prisonnier de guerre ou d'une bête de trait ou de somme.

et les barbares, 2e éd., 1874, p. 51, 207. On peut dire cependant que les Romains ont préparé le triomphe de l'individualisme dès le jour où ils ont reconnu des droits aux chefs de famille qui n'appartenaient pas aux *gentes,* aux groupes fondateurs de la cité. (*Supra,* p. 116.)

(1) Voy., sur cette question et sur celle des rapports de l'individu et de l'État, Stuart Mill, *Le gouvernement représentatif,* trad. Dupont-White, 1862; Dupont-White, *L'individu et l'État,* 3e éd., 1865; Jourdan, *Du rôle de l'État dans l'ordre économique,* 1882; H. Spencer, *L'individu contre l'État,* trad. Gerschel, 1885; Boutmy, *L'État et l'individu en Angleterre* (Ann. de l'Ac. des Sc. pol., 1887, p. 485); Leroy-Beaulieu, *L'État moderne et ses fonctions,* 2e éd., 1891; Carle, *La vita del diritto,* p. 522; Beudant, *Le droit individuel et l'État,* 1891, et dans les

III. — Lorsque, à la fin du cinquième siècle, les idées se sont modifiées et que la propriété a été, à plusieurs égards, traitée comme une valeur pécuniaire, elle a cessé de se justifier par son affectation aux besoins de la famille, et dès lors s'est introduite la notion d'un droit absolu et exclusif. Ce caractère du droit de propriété est, à l'heure présente, vivement critiqué. En laissant le propriétaire libre de disposer et de jouir de son droit au gré de sa volonté, le droit romain a, dit-on, fait une œuvre mauvaise et qui a produit des conséquences fatales ; il a transmis aux peuples modernes qui se sont inspirés de son esprit l'idée d'un droit qui n'a pour corrélatif aucun devoir et qui conduit à l'usure et à l'exploitation du pauvre par le riche (1). L'étude du droit romain ne servirait qu'à développer ce sentiment bas et mesquin qui est le fond du caractère romain : l'égoïsme (2).

On nous accordera qu'un tel jugement est tout au moins excessif. Pour avoir le droit de mettre en relief un défaut de l'esprit romain, il faudrait avoir établi, au préalable, que ce défaut n'est compensé par aucune qualité morale que l'on puisse sérieusement prendre en considération. Mais cette démonstration ne saurait être faite : les exemples abondent pour prouver que les Romains ont eu au plus haut degré cette vertu maîtresse, la fermeté de caractère, tempérée par une autre vertu non moins précieuse, l'esprit de mesure. L'égoïsme n'est que la perversion de la qualité dominante des Romains, la force de la volonté ; il s'est développé chez eux lorsqu'ils virent les peuples étrangers s'incliner l'un après l'autre devant leur autorité (3).

Le droit antique reflète les qualités morales et les défauts des Romains ; pour le bien juger, il ne faut pas s'en tenir à un examen superficiel. Aux premiers siècles, les droits apparaissent toujours avec un caractère absolu qui induirait en erreur sur leur véritable

Cp[tes] R. Acad. Sc. mor., 1886, CXXV, 537, 552 et 558, 593, 596, les observations de MM. Janet, Aucoc, A. Desjardins et Levasseur, sur le socialisme d'État.

(1) Voy. Wilmanns, *Die Reception des Röm. Rechtes und die sociale Frage der Gegenwart*, 1890, p. 48.

(2) Voy. Schmidt, *Der principielle Unterschied zwischen dem röm. und germ. Rechte*, 1853, p. 37. Ihering, I, 314, a également prétendu que l'égoïsme est le caractère fondamental de l'esprit romain, mais il l'entend d'une tout autre manière que l'auteur que nous venons de citer : ce serait un égoïsme grandiose, admirable par la logique et par l'ampleur de ses conceptions, imposant par l'énergie de fer et par la constance avec laquelle il poursuit son but éloigné. L'égoïsme ainsi compris donne pour objectif au droit la réalisation des intérêts des particuliers, mais en les subordonnant, lorsque cela est nécessaire, aux intérêts de l'Etat. Cette manière de voir ne saurait surprendre de la part d'un auteur qui enseigne (IV, 326) que les droits sont « des intérêts juridiquement protégés ». Cf. sur cette conception du droit, Beudant, op. cit., 209 et 213 ; Merkel, in Holtzendorffs *Encycl.*, I. 87.

(3) Cf. Arnold, *Cultur und Recht der Römer*, 107 ; Carle, *La vita del diritto*, 144.

nature, si l'on ne savait pas qu'ils étaient, dans leur exercice, tempérés par les mœurs, par l'usage des honnêtes gens. Illimités en apparence, ils étaient, en fait, soumis à bien des restrictions.

Il en fut ainsi tant que la crainte du censeur eut un pouvoir suffisant sur l'esprit des citoyens; mais lorsque la corruption des mœurs commença à se répandre, il fallut transformer en règles de droit un certain nombre de devoirs consacrés par l'usage des honnêtes gens. Délaissée par l'opinion publique, la morale trouva un refuge dans le droit : de là ce phénomène très remarquable, c'est que le progrès du droit a coïncidé avec la décadence de la moralité (1).

Mais dans cet agrandissement de la sphère du droit, les jurisconsultes classiques n'ont pas dépassé la juste mesure : ils ont marqué, avec une prudence et un art vraiment merveilleux, la limite précise où le droit doit s'arrêter sous peine d'empiéter sur la conscience. A moins de ne laisser aux citoyens aucune liberté, la loi ne peut régler en tout point leur conduite. En séparant le domaine du droit de celui de la morale, les jurisconsultes romains ont préservé les nations modernes des abus résultant des entreprises de l'État sur la liberté individuelle. C'est là un service que nous leur devons et dont on ne saurait assez les louer. Ils nous ont rendu un service non moins considérable en donnant au droit de propriété un caractère absolu : ils l'ont rendu indépendant du droit public. En fortifiant le droit du maître de maison, ils ont opposé une barrière aux empiétements de l'État.

Mais l'observation de la loi ne suffit pas pour assurer le fonctionnement régulier de la société : il reste une part considérable laissée à la conscience. Il n'est jamais entré dans la pensée des jurisconsultes que le droit pût, à tous égards, remplacer la morale. Celui qui ne tient pas compte des devoirs corrélatifs aux droits va contre les désirs et même contre les prévisions du législateur. Si, dans nos sociétés modernes, l'application des principes du droit romain donne lieu à des abus, c'est qu'elle n'est pas tempérée par le sentiment du devoir. On oublie trop, dit M. Jules Simon, que « la loi morale ne nous oblige pas seulement à ne pas nuire à nos semblables, elle nous oblige à leur faire du bien. Il ne suffit pas de ne pas les tuer, il faut les aider à vivre ; ni de respecter leur bien, il faut encore leur faire part du nôtre. En un mot, nous leur devons également la justice et l'assistance (2). »

(1) Le progrès du droit, et non pas seulement la multiplicité des lois, comme le dit, à un point de vue différent, Tac., Ann., III, 26 : « Corruptissima republica, plurimæ leges. »

(2) J. Simon, *Le devoir,* 7[e] éd., 1863, p. 399. Cf. Beaussire, *Les principes du droit,* 1888, p. 52.

L'affaiblissement de la volonté individuelle et de la moralité publique a suggéré à certains esprits la pensée de ne plus s'en remettre à la conscience de chacun du soin d'accomplir les devoirs qui lui incombent. Ils verraient sans peine, ils souhaitent même ouvertement l'intervention du législateur pour imposer aux titulaires des droits l'observation de leurs devoirs envers leurs concitoyens moins favorisés. Ils regrettent amèrement que le droit romain occupe dans l'éducation une place aussi considérable : sans lui, les peuples modernes n'auraient pas réussi peut-être à établir une séparation aussi tranchée entre le droit et la morale, et l'État pourrait, à son gré, suivant les circonstances ou suivant les passions de ceux qui le dirigent, restreindre la liberté individuelle. En somme, on nous propose de prendre notre parti de la décadence de la moralité et d'y remédier en faisant appel à la force publique ; on nous demande de revenir en arrière, de consentir aux empiétements de l'État sur notre liberté, de prendre pour idéal la cité rêvée par Platon, où l'État est tout, où l'individu n'est rien.

Nous ne saurions souscrire à cette proposition. Nous ne nions pas l'existence du mal : nous différons sur les moyens d'y porter remède. Il nous en coûterait de renoncer aux conquêtes de la raison humaine et de faire le sacrifice de notre liberté. Le mal ne vient pas de principes que nous regretterions bientôt d'avoir abandonnés : il vient de la manière dont on les applique. Le côté faible du système individualiste est de briser le lien naturel qui unit l'individu à la famille et de faire abstraction de ce rouage nécessaire de l'organisme social. Nos préférences sont pour une doctrine de régénération qui commencerait par fortifier la famille, cette école du respect et de la moralité, et qui chercherait à développer par l'éducation le sentiment du devoir. « La tâche de nos pères, dit M. Jules Simon, a été de conquérir le droit; la nôtre doit être d'enseigner et de propager le devoir. »

Nous ne prétendons pas que les Romains aient, en toute matière, trouvé la formule définitive des rapports du droit et de la morale, et nous ne repoussons pas systématiquement toute intervention de l'État : il faut toujours tenir compte des changements de l'état social. Nous voulons dire que les modifications doivent être introduites avec mesure et sans porter atteinte aux principes de liberté que nous avons eu tant de peine à conquérir. Nous souhaitons avant tout que chacun se pénètre de cette idée fondamentale de l'ancien droit romain : que la jouissance des droits suppose, de la part de ceux à qui ils appartiennent, l'accomplissement des devoirs corrélatifs.

INDEX ALPHABÉTIQUE (1)

(1) Dans les articles comprenant plusieurs renvois, on a marqué d'un astérisque les pages où le sujet est traité avec quelque étendue.
Les renvois aux notes sont indiqués par le chiffre de la page suivi du numéro de la note. Par exemple : 175, 2, désigne la note 2 de la page 175

B

C

G

H

M

T

U

V

ERRATA

Page 11, 1, au lieu de : 14, lisez : 4.
— 24, 1, au lieu de : *Staatsalterthümler*, lisez : *Staatsalterthümer*.
— 50, 3 et 143, ligne 16, au lieu de : *concio*, lisez : *contio*.
— 53, 1, ligne 2, au lieu de : *Kulturgeschrichte*, lisez : *Kulturgeschichte*.
— 56, 4, au lieu de : I, 2, 22, lisez : I, 2, 2, 2.
— 57, 1, au lieu de : *Unterschungen*, lisez : *Untersuchungen*.
— 4, ligne 2, au lieu de : 230,319, lisez : 239,332.
— 76, ligne 20, au lieu de : commuaauté, lisez : communauté.
— 88, 2, lignes 2 et 3, au lieu de : XXXVIII, 10, 69, lisez : XXXI, 10, 69 pr.
— 95, 5, ligne 4, au lieu de : *Constantiniano*, lisez : *Justiniano*.
— 116, ligne 21, au lieu de : assura, lisez : prépara.
— 149, 2, ligne 3, au lieu de : 304, lisez : 317.
— 151, 6, lisez : Pomp., 34 ad Sab., D., XLIII, 27, 2.
— 154, 2, ligne 2, au lieu de : 71, lisez : 72.
— 155, 1, ligne 13, au lieu de : 5, 22, 1, lisez : 5, 22, 2.
— 156, 2, au lieu de : *nstituto*, lisez : *instituto*.
— 159, 1, ligne 6, au lieu de : *päris*, lisez : *paris*.
— 166, 2, au lieu de : *Aristot.*, lisez : *Aristo*.
— 172, ligne 30, au lieu de : prêter son appui à, lisez : promettre son appui contre.
— 178, 1, au lieu de : V, 2, 1, lisez : V, 1, 1.
— 254, 3, ligne 5, au lieu de : dyptique, lisez : diptyque.
— 273, 2, ligne 1, ajoutez à la fin : à.
— 288, 2, ligne 6, au lieu de : ab, lisez : ad.
— 289, 2, ligne 1, au lieu de : *progress*, lisez : *prozess*.
— 290, ligne 4, au lieu de : *intestat*, lisez : ab intestat.
— 321, 5, au lieu de : *C. II. L.*, lisez : *C. I. L.*
— 354, 3, ligne 9, au lieu de : eut, lisez : n'eut.
— 370, ligne 26 : *intercaler* que *avant* sur.
— 384, ligne 1, au lieu de : IV, lisez : II.
— 400, ligne 19, au lieu de : 161, lisez : 261.
— 416, 2, ligne 6, au lieu de : dant, lisez : dans.
— 430, ligne 8, au lieu de : actions de loi, lisez : actions de la loi.
— 476, ligne 4, au lieu de : Manlius, lisez : Manilius.

Page 480, ligne 41, lisez : les formules.
— 489, 2, ligne 2, au lieu de : viæ, lisez : vitæ.
— 510, ligne 8, au lieu de : son prix, lisez : le prix.
— 572, ligne 17, *supprimez :* ne, *après* captif.
— 589, ligne 21, au lieu de : leurs, lisez : ses.
— 596, ligne 6, au lieu de : acquéreur, lisez : acheteur.
— 612, lignes 34 et 35, *intercaler :* ne, *avant :* s'occupe *et* soient.
— 683, ligne 19, au lieu de : *condicto,* lisez : *condictio.*
— 685, ligne 9, supprimer : eu.
— 686, 1, au lieu de : IV, 5. C'est pour cela que, lisez : D'après Gaius, 4 ad Ed. prov., D., XXV, 2, 26.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE II.

DES MODES DE FORMATION DU DROIT.

CHAPITRE III.

LES INSTITUTIONS JURIDIQUES.

LIVRE II

DE LA LOI DES DOUZE TABLES A LA DIVULGATION DES ARCHIVES PONTIFICALES.

CHAPITRE PREMIER.

DES CHANGEMENTS SURVENUS DANS L'ÉTAT SOCIAL APRÈS LA CHUTE DE LA ROYAUTÉ.

CHAPITRE II.

LA LOI DES DOUZE TABLES.

CHAPITRE III.

DES MODES DE FORMATION DU DROIT APRÈS LES DOUZE TABLES.

CHAPITRE IV.

LA MAISON ET LA FAMILLE.

CHAPITRE V.

LE MARIAGE.

CHAPITRE VI

L'ADOPTION.

CHAPITRE VII.

LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE VIII.

L'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE IX.

LE LEGS.

CHAPITRE X.

TUTELLE ET CURATELLE.

CHAPITRE XI.

L'ÉTAT D'OBLIGÉ.

CHAPITRE XII.

LA NOTION DE CRÉDIT ET LES ACTES FIDUCIAIRES.

CHAPITRE XIII.

RAPPORTS JURIDIQUES DES ROMAINS AVEC LES ÉTRANGERS.

CHAPITRE XIV.

ORGANISATION JUDICIAIRE ET PROCÉDURE.

LIVRE III

DE LA DIVULGATION DES ARCHIVES PONTIFICALES AUX PREMIERS ESSAIS D'ÉLABORATION SCIENTIFIQUE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER.

SÉCULARISATION DE LA JURISPRUDENCE.

CHAPITRE II.

DES CHANGEMENTS SURVENUS DANS L'ÉTAT SOCIAL.

CHAPITRE III.

DES MODES DE FORMATION DU DROIT.

CHAPITRE IV.

DES CHANGEMENTS SURVENUS DANS L'ORGANISATION DE LA FAMILLE.

CHAPITRE V.

TRANSFORMATION DE LA NOTION DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE VI.

L'HÉRÉDITÉ.

CHAPITRE VII.

LES LEGS ET LA « MORTIS CAUSA CAPIO ».

CHAPITRE VIII.

LES DONATIONS.

CHAPITRE IX.

TUTELLE ET CURATELLE.

CHAPITRE X.

PROCURATELLE ET GESTION D'AFFAIRES.

CHAPITRE XI.

LES OBLIGATIONS.

CHAPITRE XII.

LES DEVOIRS IMPOSÉS PAR L'USAGE DES HONNÊTES GENS.

CHAPITRE XIII.

SANCTION DES ACTES FIDUCIAIRES.

CHAPITRE XIV.

DE LA NATURE DU DROIT RÉSULTANT DES ACTES FIDUCIAIRES.

CHAPITRE XV.

DU CAUTIONNEMENT DES DETTES CONFIRMÉES PAR UNE STIPULATION.

CHAPITRE XVI.

RAPPORTS JURIDIQUES DES ROMAINS AVEC LES ÉTRANGERS.

CHAPITRE XVII.

LES DÉBUTS DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE.

CHAPITRE XVIII.

DE LA VALEUR TECHNIQUE DE L'ANCIEN DROIT.

CONCLUSION.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE E. PLON, NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8.

